DER DEZENTRALISIERTE ENTLASTUNGSBEWEIS UND DIE VERSUCHE ZU SEINER ÜBERWINDUNG

Klaus Heiss

1962

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41545802_0072

Dissertationsdruck · W. Blasaditsch · 89 Augsburg · Th.-Heuss-Platz 3

Der dezentralisierte Entlastungsbeweis und die Versuche zu seiner Überwindung

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität
zu München

vorgelegt von
Klaus Heiss
1969

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Referent: Professor Dr. Rother
Korreferent: Professor Dr. Larenz
Tag der mündlichen Prüfung: 18.12.1968

Inhaltsverzeichnis

		Seite
Literaturverzeichnis		IV
Abkürzungen		VIII
Einleitung		1
Erster Teil:	Grundlegung	3
1. Kapitel:	Der Anwendungsbereich des § 831 BGB	3
2. Kapitel:	Verschuldensgrundsatz und dezentralisierte Entlastung	15
A	Vorbereitende Arbeiten und Gesetzesmaterialien	15
B	Die Entlastung des Geschäftsherrn im Großbetrieb	22
Zweiter Teil:	Korrektur der dezentralisierten Entlastung	27
1. Kapitel:	Haftungsverschärfung in § 831 BGB	27
A	Erweiterung der Verschuldensvermutung über das Auswahlverschulden hinaus	27
B	Die personelle Organisationspflicht	34
2. Kapitel:	Umgehungskonstruktionen	39
A	Haftungen des Geschäftsherrn für eigenes Verschulden	39
	I Verkehrspflichten und Lehre vom betrieblichen Organisationsmangel	39
	1) Die Verkehrspflichten	40
	a) Entwicklung und dogmatische Begründung	41
	b) Gefahrerkennungspflicht und Gefahrabwendungspflicht	45
	2) Die Delegation der Verkehrspflichten und die Überwachungspflichten als verbleibende Restfunktion	46

Seite

3) Die Besonderheiten des Großbetriebes; insbesondere die betriebliche Organisationspflicht 48

a) Begründung und Ausgestaltung in der Rechtsprechung 49

b) Prozessuale Einwendungen 54

c) Die haftungsbegründenden Organisationsmängel im einzelnen 59

aa) Das Anweisungssystem 60

bb) Das Kontrollsystem 64

cc) Das Informationssystem 68

d) Grenzen organisatorischer Vorsorge 69

e) Die Lehre vom betrieblichen Organisationsmangel als Zurechnungssystem 72

aa) Besonderheiten des Ursächlichkeitsnachweises 73

bb) Der andauernde Gefahrenzustand als Beweis für organisatorische Nachlässigkeit 74

f) Die Stellung dieses Zurechnungssystems unter den Deliktstatbeständen des BGB 77

g) Das Verhältnis zur dezentralisierten Entlastung 80

II Ausdehnung des Anwendungsbereichs des § 31 BGB; insbesondere die Haftung für körperschaftliche Organisationsmängel 82

1) Die extensive Auslegung des Begriffs des verfassungsmäßigen Vertreters 82

2) Die Lehre vom körperschaftlichen Organisationsmangel 85

a) Verhältnis zum betrieblichen Organisationsmangel 86

b) Begründung der These in der Rechtsprechung 89

c) Bedenken gegen diese These 91

d) Analoge Anwendung des § 31 95

e) Verhältnis zur dezentralisierten Entlastung 97

III Der Lösungsversuch über § 1004 BGB 98

Seite

B Haftungen für fremdes Verschulden 102

I Ausdehnung der Staatshaftung für hoheitliches Handeln 102

II Einbruch der Vertragshaftung in den deliktischen Bereich 107

1) Haftung für culpa in contrahendo und positive Vertragsverletzung 107

2) Verträge mit Schutzwirkung für Dritte 111

III Der arbeitsrechtliche Freistellungsanspruch 115

3. Kapitel: Zusammenfassung - Tendenzen zur Einschränkung des § 831 BGB 120

Dritter Teil: Erneuerung des Gehilfenhaftungsrechts 126

1. Kapitel: Der Referentenentwurf 1967 und die Schwächen der dort vorgesehenen Neuregelung 126

2. Kapitel: Die Überwindung des dezentralisierten Entlastungsbeweises 140

A Bisherige Lösungsversuche und Gründe für eine Korrektur der Rechtsprechung 140

B Neuinterpretation des § 831 BGB 146

I Der Rechtsgedanke des § 166 Abs. I BGB 146

II Korrektur der einengenden Auslegung des § 831 BGB 153

Literaturverzeichnis

Baur, Fritz	Lehrbuch des Sachenrechts, 4. Aufl. 1968.
Becker	Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, 1. Abteilung 1941.
Bienenfeld, Rudolf	Die Haftungen ohne Verschulden, 1933.
Blomeyer, Arwed	Allgemeines Schuldrecht, 3. Aufl. 1964.
v. Caemmerer, Ernst	Wandlungen des Deliktsrechts in: Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages Bd. II, 1960, S. 49 ff.
Cosack - Mitteis	Lehrbuch des Deutschen Bürgerlichen Rechts Bd. I, 8. Aufl. 1927.
Deetz	Der Haftungsgrund bei den unerlaubten Handlungen des BGB, insbesondere bei § 831, GruchBeitr.64 (1920), S. 161 ff.
Diederichsen, Uwe	Die Haftung des Warenherstellers, 1967.
Enneccerus-Lehmann	Recht der Schuldverhältnisse, 15. Aufl. 1958 (zit.: Enn.-L.).
Enneccerus-Nipperdey	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 15. Aufl., Halbband I 1959, Halbband II 1960.
Erman, Walter	Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Aufl. 1967.
Esser, Josef	Schuldrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. Aufl. 1960.
	Grundfragen der Reform des Schadensersatzrechts, ACP 148 (1943), S. 121 ff.
	Grundlagen und Entwicklung der Gefährdungshaftung, 1941.
Feder, Ernst	Verantwortlichkeit für fremdes Verschulden nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche, 1902.
Fikentscher, Wolfgang	Das Schuldrecht, 1965.
Forsthoff, Ernst	Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Allgemeiner Teil, 9. Aufl. 1966.
Gamillscheg-Hanau	Die Haftung des Arbeitnehmers, 1965; Gamillscheg, S. 1-86; Hanau, S. 87 ff.
Geigel, Reinhart und Robert	Der Haftpflichtprozeß, 13. Aufl. 1967.
v. Gierke, Otto	Deutsches Privatrecht, Bd. III Schuldrecht, 1917.
	Schuld und Haftung im älteren deutschen Recht, 1910.
Gutenberg, Erich	Grundlagen der Betriebswirtschaftslehre, Bd. II: Der Absatz, 12. Aufl. 1966.

Gutenberg, Erich	Unternehmensführung; Organisation und Entscheidungen, 1962.
Hanau	s. Gamillscheg - Hanau.
Hannak, Karl	Die Verteilung der Schäden aus gefährlicher Kraft.
HdW	Handbuch der Wirtschaftswissenschaften, Bd. I Betriebswirtschaft, 2. Aufl. 1966.
Heck, Philipp	Grundriß des Schuldrechts, 1929.
Helm, Johann Georg	Rechtsfortbildung und Reform bei der Haftung für Verrichtungsgehilfen, ACP 166 (1966), S. 389 ff.
Hofacker, Wilhelm	Die Verkehrssicherungspflicht, 1929.
Hueck-Nipperdey	Lehrbuch des Arbeitsrechts Bd. I, 7. Aufl. 1963.
Jovy, Michael	Der Begriff der "Bestellung" im § 831 des Bürgerlichen Gesetzbuches, ArchBürgR 37 (1912), S. 78 ff.
Ketterer-Friedrich	Die Streupflicht in Gesetzgebung und Rechtsprechung, 2. Aufl. 1957.
Kosiol, Erich	Organisation der Unternehmung, 1962.
Landwehr, Götz	Die Haftung der juristischen Person für körperschaftliche Organisationsmängel, ACP 164 (1964), S. 482 ff.
Larenz, Karl	Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 1967.
	Lehrbuch des Schuldrechts, 8. Aufl. 1967, Bd. I: §§ 1 - 33; Bd. II §§ 34 - 72.
	Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung, 1927.
	Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1960.
	Vertrag und Unrecht (Grundriß), Bd. I 1936, Bd. II 1937.
Löning, George A.	Die Haftung für Verrichtungsgehilfen im künftigen Recht der unerlaubten Handlungen in: Arbeitsberichte der Akademie für Deutsches Recht Nr. 14, Grundfragen der Reform des Schadensersatzrechts, vorgelegt von H. C. Nipperdey.
Luhmann, Niklas	Funktionen und Folgen formaler Organisation, Schriftenreihe der Hochschule Speyer Bd. 20, 1964.
Mataja, Viktor	Das Recht des Schadensersatzes vom Standpunkt der Nationalökonomie, 1888.
Mazeaud-Tunc	Traité théorique et pratique de la Responsabilité Civile délictuelle et contractuelle, Bd. I, 6. Aufl. 1965.

Meisner-Stern-Hodes	Nachbarrecht im Bundesgebiet (ohne Bayern) und in Westberlin, 3. Aufl. 1956.
Michaelis, Karl	Beiträge zur Gliederung und Weiterbildung des Schadensrechts, 1943.
Motive	zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs Bd. I und Bd. II (zit.: Mot. I und Mot. II).
Nikisch, Arthur	Arbeitsrecht, Bd. I, 3. Aufl. 1961.
Oertmann, Paul	Recht der Schuldverhältnisse Bd. II, 5. Aufl. 1929.
Oftinger, Karl	Schweizerisches Haftpflichtrecht Bd. II 1. Teil, 2. Aufl. 1960.
Palandt, Otto	Bürgerliches Gesetzbuch, Kurzkommentar, 27. Aufl. 1968.
Planck-Greiff	Recht der Schuldverhältnisse, 2. Hälfte, Besonderer Teil, 4. Aufl. 1928.
Pleyer, Klemens	Die Einstandspflicht des Unternehmens für seine Mitarbeiter im Rahmen des § 1004 BGB, ACP 161 (1962), S. 500 ff.
Prosser, William L.	The Law of Torts, 3. Aufl. 1964.
Protokolle	der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. I und Bd. II (zit.: Prot. I, Prot. II).
RGRK	Kommentar der Reichsgerichtsräte zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. I 2. Teil und Bd. II 2. Teil, 11. Aufl. 1960.
Rinck, Gerd	Gefährdungshaftung, Göttingen 1959.
Rother, Werner	Haftungsbeschränkung im Schadensrecht, 1965.
Schloßmann, Siegmund	Die Lehre von der Stellvertretung, insbesondere bei obligatorischen Verträgen, 1902.
Schmalenbachgesellschaft	(Arbeitskreis Dr. Krähe), Unternehmungsorganisation, 1963.
Schnorr v. Carolsfeld	Arbeitsrecht, 2. Aufl. 1954.
Simitis, Spiros	Grundfragen der Produzentenhaftung, 1965.
Soergel-Siebert	Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. I Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 1967; Bd. II Schuldrecht I, 10. Aufl. 1967; Bd. II der 9. Aufl. 1962.
Staudinger	Kommentar zum BGB, Bd. I Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 1957; Bd. II Schuldrecht, Teil 1 c, 10/11. Aufl. 1967; Bd. III Sachenrecht 1. Teil, 11. Aufl. 1956.
Süß, Theodor	Außerdeliktische Haftungen, DRWiss. 42, S. 185 ff.
v. Tuhr, Andreas	Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. I, 1910, Bd. II 2. Hälfte, 1918.

Traeger, Ludwig	Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht, 1904.
	Das Problem der Unterlassungsdelikte im Straf- und Zivilrecht, 1913.
Ulrich, Hans	Kontrollspanne und Instanzenaufbau, in TFB-Handbuchreihe Bd. I: Organisation, Hrsg. Schnaufer und Agthe, 1961, S. 267 ff.
Unger, Joseph	Handeln auf eigene Gefahr, JherJb. 30 (1891), S. 363 ff.
Weigert, Hans Werner	Die außervertragliche Haftung von Großbetrieben für Angestellte, 1925.
Westermann, Harry	Sachenrecht, 5. Aufl. 1966.
Wilburg, Walter	Die Elemente des Schadensrechts, 1941.
Wolff, Hans J.	Organschaft und juristische Person, Bd. I: Juristische Person und Staatsperson, 1933; Bd. II: Theorie der Vertretung, 1934.
Wussow, Hansjoachim	Haftung und Versicherung bei der Bauausführung, 2. Aufl. 1966.
Wussow, Werner	Systematik des Haftpflichtrechts, 1958.
Wussow, Werner und Hansjoachim	Das Unfallhaftpflichtrecht, 8. Aufl. 1963.
Wyß, P. Friedrich	Die Haftung für fremde culpa nach römischem Recht, 1867.

In das Literaturverzeichnis sind die Lehrbücher und Kommentare und von den Monographien diejenigen aufgenommen, die von besonderer Bedeutung für die vorliegende Arbeit sind. Die übrigen Schrifttumsnachweise, insbesondere die, mit wenigen Ausnahmen, hier nicht aufgeführten Zeitschriftenaufsätze finden sich in den einzelnen Fußnoten.

Zur Zitierweise ist noch zu bemerken, daß die Lehrbücher mit dem Namen des Verfassers und nach §§ und Seitenzahlen angeführt werden. Die Zitierung der Zeitschriften erfolgt grundsätzlich nach Erscheinungsjahr und Seite; wo eine Numerierung der Zeitschriftenbände besteht, ist das Erscheinungsjahr in Klammern beigefügt.

Abkürzungen

aaO	am angeführten Ort
ABGB	österreichisches Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
ACP	Archiv für civilistische Praxis
AP	Arbeitsrechtliche Praxis
ArchBürgR	Archiv für Bürgerliches Recht
ARS	Arbeitsrechtliche Sammlung
BAG	Bundesarbeitsgericht
BB	Der Betriebsberater
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
CC	Code Civil
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
DGWR	Deutsches Gemein- und Wirtschaftsrecht
DJZ	Deutsche Juristenzeitung
DR	Deutsches Recht
DRWiss.	Deutsche Rechtswissenschaft
DRZ	Deutsche Rechtszeitschrift
FamRZ	Ehe und Familie im privaten und öffentlichen Recht
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
GruchBeitr.	Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts
HaftpflG	Reichshaftpflichtgesetz vom 7. 6. 1871
HGB	Handelsgesetzbuch
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung
JherJb	Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KG	Kammergericht
LAG	Landesarbeitsgericht
LG	Landgericht
LM	Lindenmaier-Möhring, Nachschlagewerk des BGH
LuftVG	Luftverkehrsgesetz
LZ	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OLG	Oberlandesgericht
RAG	Reichsarbeitsgericht
Recht	Das Recht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RVO	Reichsversicherungsordnung
SeuffA.	Seufferts Archiv für Entscheidungen
StGB	Strafgesetzbuch
StVG	Straßenverkehrsgesetz
StVO	Straßenverkehrsordnung
VVG	Versicherungsvertragsgesetz
WarnRspr.	Warneyers Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiet des Zivilrechts
VersR	Versicherungsrecht
VRS	Verkehrsrechtssammlung
WV	Weimarer Reichsverfassung von 1919
ZAkDR	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht

Einleitung

Genauso gut wie man behaupten kann, wir seien ein Volk von Besitzdienern[1], läßt sich auch sagen, wir seien ein Volk von Verrichtungsgehilfen. Denn von den über 55 Millionen Einwohnern der Bundesrepublik Deutschland waren nach den Erhebungen des Statistischen Bundesamtes im Jahre 1961 etwa 21 Millionen an einer nicht ihnen selbst gehörenden Arbeitsstätte beschäftigt[2]. Hält man sich diese Zahlen vor Augen, so wird deutlich, welche wirtschaftliche Bedeutung innerhalb des Schadensersatzrechts der Haftung für die Handlungen angestellter Hilfskräfte zukommt. Die folgende Untersuchung wird sich mit Fragen der Haftung für Verrichtungsgehilfen, also der Verantwortlichkeit des Geschäftsherrn für Gehilfenhandlungen im außervertraglichen Bereich näher auseinandersetzen. Denn insbesondere auf dem Gebiet der Deliktshaftung haben sich in diesem Zusammenhang Schwierigkeiten ergeben; die Normen des BGB erwecken aufgrund des Wandels im Rechtsempfinden, den sie seit nunmehr fast 70 Jahren zu bestehen haben und der kaum irgendwo so tiefgreifend gewesen ist wie im Recht der unerlaubten Handlungen, zunehmend den Eindruck einer ungenügenden gesetzlichen Regelung.

Es bedarf noch einer Erklärung, warum diese Abhandlung sich vorallem mit den Verhältnissen des Großbetriebes befassen will. Der Grund dafür ist, daß der Anteil der Arbeitnehmer, die in einem Großbetrieb beschäftigt sind, überraschend hoch ist. Zwar ist die Zahl der Unternehmen, die lediglich zwischen 1 und 9 Angestellten aufweisen, weitaus dominierend; sie machen fast 90 % aller Arbeitsstätten aus. Jedoch arbeiten in diesen 90 % Kleinstbetrieben nur etwa 25 % aller Beschäftigten. In den mittelständischen Betrieben mit zwischen 10 und 1 000 Beschäftig-

---

1) Baur, Sachenrecht § 7/C II 3 (S. 58).

2) Vgl. den Beitrag: Die Größe der Arbeitsstätten nach der Zahl der Beschäftigten, Ergebnis der Arbeitsstättenzählung vom 6. Juni 1961, Wirtschaft und Statistik 1963 (Textteil), S. 537 ff.

ten, die fast die restlichen 10 % aller Arbeitsstätten darstellen, ist mit 45 % der größte Teil aller Arbeitnehmer tätig. Allerdings sind in den großen Unternehmen mit über 1 000 Beschäftigten, die insgesamt einen Anteil der Betriebe von weniger als 1 % ausmachen, noch fast 30 % aller Arbeitnehmer beschäftigt. Die Rolle der Großunternehmen zeigt sich jedoch darin am deutlichsten, daß in Betrieben mit über 10 000 Arbeitnehmern noch 14 % aller Beschäftigten ihren Arbeitsplatz haben. Dabei ist in der Entwicklung von 1950 bis 1961 ein deutlicher Rückgang der Kleinstbetriebe zugunsten der mittleren und der Großbetriebe zu verzeichnen[1].

Wenn somit ein Großteil aller möglichen Haftpflichtfälle sich im Rahmen eines Großbetriebes ereignen wird, ist es auch berechtigt, auf die hierbei auftauchenden Fragen besonderes Gewicht zu legen. Rechtlich sind diese Besonderheiten so interessant, weil gerade sie unser außervertragliches Gehilfenhaftpflichtrecht als erneuerungsbedürftig erscheinen lassen.

Die vorliegende Abhandlung wird sich bei Darstellung dieser Probleme im wesentlichen auf die Haftpflichttatbestände des BGB beschränken.

---

1) Die Zahlen sind sämtlich entnommen aus der Abhandlung: Unternehmen und Beschäftigte, Ergebnis der Arbeitsstättenzählung vom 6. Juni 1961, Wirtschaft und Statistik 1965 (Textteil), S. 223 ff.

Erster Teil: Grundlegung

1. Kapitel:

Der Anwendungsbereich des § 831 BGB

Ausgangspunkt und zugleich zentrales Thema der vorliegenden Untersuchung ist § 831 BGB, in dem die außervertragliche Haftung des Geschäftsherrn[1)] für widerrechtliche Schadenszufügung durch seinen Gehilfen[1)] ihre gesetzliche Regelung gefunden hat. Anerkanntermaßen geht § 831, wie schon aus seiner Stellung im Gesetz zu ersehen ist, vom Verschuldensgrundsatz aus[2)]. Der Geschäftsherr haftet für vermutetes eigenes Verschulden bei der Auswahl und Beaufsichtigung der Bediensteten, während ein Verschulden der Hilfsperson nicht erforderlich ist[3)], sondern bereits die objektive Widerrechtlichkeit von deren Handlung

---

1) Zur Vermeidung sprachlicher Mißverständnisse seien die Ausdrücke (Groß-) Unternehmung, Geschäftsherr, Arbeitgeber usw. als synonyme Termini gebraucht; dasselbe gilt für die Begriffe Gehilfe, Verrichtungsgehilfe, Angestellter, Arbeiter, Hilfsperson usw.

2) RGZ 50, 60, 66; 142, 356, 368; BGHZ 24, 21, 30; 32, 53, 59; Enn.-L. § 241/I (S.979); Larenz § 67/VI (S.445); Esser § 205/1 (S.877); Fikentscher § 107/I 1 (S.588); RGRK § 831 Anm. 1; Soergel-Siebert § 831 Anm. 3; Palandt § 831 Anm. 1. Abweichend Unger, Handeln auf eigene Gefahr, JherJb 30 (1891), S. 363 ff, 391 ff; Jovy, ArchBürgR 37 (1912), S. 78 ff, 123 ff; Deetz, GruchBeitr. 46, S. 161 ff, 178, erblickt in § 831 den durch den Entlastungsbeweis eingeschränkten Grundsatz "allgemeiner Gefahrtragung" des Geschäftsherrn "für das Tun seiner Leute". Weigert, S. 35 ff sieht in § 831 keinen einheitlichen Haftungsgrund, sondern nimmt bei Großbetrieben eine gemilderte Gefährdungshaftung an.

3) Das ergibt sich bereits aus § 840 Abs. II; jedoch ist im Rahmen des § 9 b HaftpflG auf das Verschulden des Gehilfen abzustellen, unabhängig davon, ob der Geschäftsherr dafür auch nach § 831 einzustehen hat (BGH LM Nr. 1 zu § 9 b HaftpflG); für den Fall des § 17 StVG vgl. BGH NJW 57, 99.

ausreicht. Von dem Erfordernis einer schuldhaften Schadenszufügung glaubte die zweite Kommission Abstand nehmen zu müssen, damit der Besteller nicht durch Verwendung eines schuldunfähigen Gehilfen sich vom Risiko der Haftung befreien könne. [1] Deliktsfähigkeit und Billigkeitshaftung beurteilen sich daher in ihren Voraussetzungen nach der Person des Geschäftsherrn und nicht nach der des Bestellten. Nur in den Fällen der §§ 823 Abs. II und 826, wo die Widerrechtlichkeit der Handlung erst durch den Vorsatz des Schädigers begründet wird, ist ausnahmsweise ein Verschulden des Gehilfen erforderlich. [2] Von der h. M. wird gefordert, daß die widerrechtliche Schadenszufügung durch den Gehilfen den objektiven Tatbestand einer unerlaubten Handlung im Sinne der §§ 823 ff erfüllen muß; die Verursachung eines reinen Vermögensschadens ist demnach nur dann als Gehilfenhandlung tauglich, sofern sie einen der Tatbestände der §§ 823 Abs. II, 826 erfüllt. Diese Auslegung findet im Gesetzeswortlaut selbst keine Stütze, wird jedoch damit begründet, die in § 831 enthaltenen Zurechnungselemente - das Auswahl- und Überwachungsverschulden - gäben keinen Anlaß dazu, die Haftungselemente dieser Norm - die Schadenszufügung durch den Gehilfen - in einer vom System der §§ 823 ff abweichenden Weise auszulegen. [3]

Tritt der Erfolg durch eine Unterlassung eines Gehilfen ein, so ist für die Rechtswidrigkeit der Unterlassung bereits nach allgemeinen Grundsätzen erforderlich, daß den Bestellten eine eigene, dem Verletzten gegenüber bestehende Rechtspflicht zur

---

1) Esser § 205/1e bb (S. 877); Wieacker, JZ 57, 535; Stoll, JZ 58, 137, 138; Birk, JZ 63, 354, 356; Prot. II, S. 596 ff.

2) RG ständig seit RGZ 73, 434; RG JW 11, 584; vgl. auch BGH LM Nr. 1 zu § 831 (Fc). Anders noch RG WarnRspr. 09, Nr. 484, wo die Ansicht vertreten wird, § 831 sei auf einen solchen Fall überhaupt nicht anwendbar.

3) Westermann, JuS 61, 382, 385; Leonhard B, S. 604; Erman § 831 Anm. 5; Enn.-L. § 241/II 3 (S. 981); vgl. auch schon Mot. II, S. 737 sowie aus der Rspr. RGZ 50, 60, 66; RG WarnRspr. 16, Nr. 304. Anders Feder, S. 100 und Deetz, S. 174, aufgrund seiner Auffassung, § 831 enthalte einen eigenen, nicht auf deliktischer Grundlage bruhenden Haftungsfall.

Erfolgsabwendung oder zumindest zur Gefahrabwendung oblegen hatte.[1] Diese Tatsache ist vor allem für die Haftung für Verletzung von Verkehrssicherungspflichten von Bedeutung.[2] Nach dem Beschluß des Großen Senats des BGH vom 4.3.1957 [3] ist die Handlung eines Gehilfen dann nicht rechtswidrig, wenn dieser sich verkehrsrichtig verhalten hat. Der BGH folgt mit dieser Entscheidung der von Nipperdey[4] und vom BAG[5] im Anschluß an Welzel[6] vertretenen Lehre von der Sozialadäquanz, nach der ein Verhalten, das den Geboten des Verkehrs entspricht, nicht mit dem Unwerturteil der Deliktstatbestände belegt werden soll, vielmehr als Unglück und nicht als Unrecht anzusehen sei. Der BGH hat sich durch diese Entscheidung von der bisher auch in der Rechtsprechung anerkannten Auffassung abgewandt, daß jede Verletzung eines der in § 823 Abs. I enthaltenen Rechtsgüter rechtswidrig ist, sofern nicht der Handelnde durch einen gesondert zu prüfenden Rechtfertigungsgrund wie Notwehr, Einwilligung usw. gerechtfertigt ist.[7] Für eine kritische Stellungnahme zu dieser neu-

---

1) Esser § 205/2 A c (S.879); Erman § 831 Anm. 5; RG JW 11, 182.

2) Dazu siehe unten S.47.

3) BGHZ 24, 21 ff; bemerkenswert ist, daß der BGH in seiner zeitlich vor dem Beschluß des Großen Senats liegenden Entscheidung vom 14. 2. 1953 (BGH LM Nr. 5 zu § 831 (Fc)) bereits die Formulierung "verkehrsrichtig" gebraucht hat.

4) Enn.-Nipperdey §§ 209 ff (S.1277 ff); Nipperdey, NJW 57, 1777; Karlsruher Forum 1959, S. 3 ff.

5) BAG 1, 69, 79 und 291, 306: "Handlungen, die sich im Rahmen der allgemeinen sozialen Ordnung bewegen, sind sozialadäquat und nicht widerrechtlich."

6) Welzel, Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte (1961); ders., Das neue Bild des Strafgesetzsystems (4. Aufl. 1961); ders., Das deutsche Strafrecht (10. Aufl.) § 10/IV (S.52 ff); ders., ZStW 58, 491 ff, 515.

7) Vgl. z. B. RG JW 14, 353, 354; in dieser Entscheidung lehnt das RG übrigens die jetzt vom BGH vertretene Lehre vom Handlungsunrecht ab.

en Lehre ist hier kein Platz.[1)]
Der BGH hat in späteren Entscheidungen die noch um Beschluß des Großen Senats ausdrücklich auf die Verhältnisse des Schienen- und Straßenverkehrs beschränkte Rechtswidrigkeitslehre auch auf andere Bereiche des Haftungsrechts ausgedehnt. So hat er in einem späteren Fall[2)] den Leitsatz aufgestellt, eine Putzfrau, die beim Aufwaschen eines Treppenhauses einige Spritzer Seifenlauge auf die tieferliegenden Treppenstufen geraten lasse, handle nicht fehlerhaft. Die Beurteilung des BGH beschränkt sich auf die Prüfung, ob die Handlung der Putzfrau im Rahmen der üblichen Gepflogenheiten bleibt, ob also die Spritzer geringfügig sind oder nicht, nicht aber darauf, ob der durch die Handlung herbeigeführte Erfolg rechts-

---

1) Für die neue Lehre haben sich, teilweise mit Einschränkungen, ausgesprochen: v. Caemmerer, S. 130 ff; ders., Karlsruher Forum 1961, S. 19 ff; Godin, JR 59, 115, 116; Lorenz in Festschrift für Nottarp (1961), S. 59 ff; Münzberg, Verhalten und Erfolg als Grundlage der Rechtswidrigkeit und Haftung (1966); Wieacker, JZ 57, 535 ff; Wiethölter, Rechtfertigungsgrund des verkehrsrichtigen Verhaltens (1960); Zeuner, JZ 61, 41 ff; Zippelius, NJW 57, 1707 und ACP 157, 390 ff.
Ohne eigene Stellungnahme: Quade, DRiZ 57, 139; Bode, DAR 57, 173; Haase NJW 57, 1315; Baumann MDR 57, 646.
Gegen die neue Lehre haben sich ausgesprochen: Baur, ACP 160, 465 ff, 467 ff; Berg, JR 63, 7; Bettermann, NJW 57, 986 f; Bindokat, JZ 58, 553 ff; Böhmer, MDR 58, 745; Boenneke, NJW 60, 1188; Dunz, NJW 60, 507; Enn.-L. § 231/III 6 (S. 933 f) und § 234/I 1b (S. 941 ff); Erman-Drees § 823 Anm. 8 a; Erman-Groeppler § 276 Anm. 2; Hafferburg, NJW 59, 1398; Lehmann in Festschrift für Hedemann (1958), S. 177 ff, 187 ff; May, NJW 58, 1262; Niese, JZ 56, 457, 464; Richter, NJW 58, 1171; Reinhardt, JZ 61, 713, 717; ders., Karlsruher Forum 1961, S. 3 ff; Reimer Schmidt in Soergel-Siebert § 276 Anm. 17 ff; Rudolf Schmidt, NJW 58, 488; Stoll JZ 58, 137 ff; ders., ACP 162, 203, 205 ff; Staud.-Werner Anm. 82 ff vor § 276; Weitnauer, NJW 62, 1190; ders., VersR 61, 1057; ders., Karlsruher Forum 1961, S. 28 ff; Wussow, NJW 58, 891.
Eine vermittelnde Stellung haben bezogen: Larenz § 19/IV (S. 224 ff) und § 66/I e (S. 424 ff); ders., Rechtswidrigkeit und Handlungsbegriff im Zivilrecht in Festschrift für Dölle (1963) Bd. I, S. 169 ff, 183 ff; Deutsch, Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt (1963), S. 225 ff, 282; Esser § 205/2 B (S. 880).

2) BGH VersR 62, 763.

widrig ist. Inzwischen ist eine Reihe weiterer gleichartiger Entscheidungen über dieses Problem ergangen,[1] so daß die Rechtsprechung als in dieser Richtung festgelegt gelten kann. Hinsichtlich der Verteilung der Beweislast folgt der BGH der Regelung des § 831 Abs. I S. 2; den Nachweis des verkehrsrichtigen Verhaltens hat der Geschäftsherr zu erbringen.[2] Gelingt ihm das nicht, so wird nach wie vor vermutet, daß der Gehilfe rechtswidrig gehandelt hat.

Das bindende Glied zwischen der Einstandspflicht des Geschäftsherrn und der rechtswidrigen Gehilfenhandlung stellt die Bestellung zur Verrichtung dar. Sie muß für die schadenstiftende Handlung kausal geworden sein. Nach Ansicht des BGH gilt für diesen ursächlichen Zusammenhang die Kausalitätsvermutung des § 831 nicht; vielmehr hat der Verletzte den Nachweis zu führen, daß die Bestellung für den Erfolg ursächlich geworden ist. Das ist nach Auffassung des BGH[3] z. B. dann nicht der Fall, wenn der Gehilfe nebenbei auf dem auch sonst üblichen Heimweg für seinen Arbeitgeber eine Besorgung macht und dabei einen Verkehrsunfall verursacht.

Die Bestellung zur Verrichtung ist mit der Anordnung seitens des Geschäftsherrn bewirkt, eine Tätigkeit einmal oder, etwa ihm Rahmen eines Arbeitsverhältnisses, mehrmals auszuführen. Der Gehilfe kann auch durch eine Zwischenperson bestellt werden[4]. Gleichgültig ist es, ob die zu leistenden Dienste niederer oder höherer Art sind[5], ob sie entgeltlich oder unentgeltlich erfolgen sollen[6]. Auch ist nicht erforderlich, daß

---

1) Vgl. BGH VersR 57, 519, 520 und 656; VRS 14, 334, 338; 20, 11; NJW 62, 484; so auch OLG Celle, VersR 58, 404, 405.

2) BGHZ 24, 21, 30; kritisch hierzu v. Caemmerer, S. 124 ff.

3) BGH MDR 58, 680.

4) RGZ 55, 171, 176 f; Fikentscher § 107/I 2 (S.592); Feder, S. 92.

5) Die Tätigkeit kann auch rechtlicher Natur sein; Rechtsanwalt: BGH LM Nr. 5 zu § 823 (Hb); Ehemann als Vermögensverwalter der Frau: RGZ 91, 363 (nach dem GleichberechtigungsG trifft das aber jedenfalls nicht mehr für die Fälle des § 1356 Abs.II BGB zu; hierzu Soergel-Siebert § 831 Anm. 8; vgl. aber BGH VersR 56, 211). Vgl. auch RGZ 73, 434, 437 und Mot. I, S. 228.

6) BGH VRS 26, 182: der minderjährige Stiefsohn, dem der Vater während einer Urlaubsreise das Steuer überläßt, als Verrichtungsgehilfe bei der Autofahrt.

die Bestellung gerade im Hinblick auf eine bestimmte Verrichtung vorgenommen wird; wird der Gehilfe im Rahmen eines allgemein erteilten Auftrages tätig, so ist dieser allgemeine Auftrag als Bestellung anzusehen[1]. Die Bestellung ist eine Rechtshandlung; auf ihre rechtliche Wirksamkeit kommt es nicht an, da auch eine ungültige Bestellung für einen Schadenserfolg ursächlich sein kann[2]. Sonst käme man für den Fall der Auswahl eines geschäfts- und deliktsunfähigen Gehilfen zu dem Ergebnis, daß wegen des nichtigen Innenverhältnisses eine Haftung des Geschäftsherrn entfiele; diese Folge wollte aber der Gesetzgeber gerade vermeiden.[3]

Während in § 278 das dem Schuldner auferlegte Haftungsrisiko durch die Person des Gläubigers sowie Art und Umfang des Schuldverhältnisses von vornherein festgelegt ist, fehlt bei der Haftung für Verrichtungsgehilfen eine derartige Beschränkung. Dafür ist in § 831 der Haftungsbereich auf andere Weise eingeengt. Der Gehilfe muß tatsächlich oder rechtlich abhängig und der Weisung des Geschäftsherrn unterworfen sein. Denn nur soweit der Besteller in der Lage ist, auf die Art der Tätigkeit des Gehilfen einzuwirken und für die zur Gefahrenabwehr notwendigen Maßnahmen zu sorgen, kann ihm eine Haftung für die Unrechtshandlungen Dritter zugemutet werden. Auch kann eine Überwachungspflicht nur da schuldhaft verletzt sein, wo eine Möglichkeit zur Überwachung überhaupt besteht, nämlich innerhalb eines Weisungsverhältnisses. Daher ist nur der Verrichtungsgehilfe, dessen Tätigkeit der Geschäftsherr nach Art, Zeit und Umfang bestimmen sowie jederzeit einschränken und beenden kann[4]. In der Regel wird daher ein Dienstvertrag eine Bestellung zu einer Verrichtung im Sinne des § 831 darstellen, nicht dagegen ein Werkvertrag. Auch wird ein selbständiger Unternehmer, der in der Lage ist, die Modalitäten seiner Tätig-

---

1) RGZ 91, 363, 364; 92, 345, 346.

2) Fikentscher § 107/I 2 (S. 592); Enn.-L. § 241/II 1 (S. 980); Feder, S. 92

3) Siehe oben S. 4, Fußn. 1)

4) Esser § 205/2 A a (S. 879); Enn.-L. § 241/II 1 (S. 980); Erman § 831 Anm. 3 a; BGH NJW 56, 1715; BGH LM Nr. 5 zu § 823 (Hb); teilweise kritisch Böhmer MDR 60, 445.

keit selbst frei zu bestimmen, grundsätzlich nicht Verrichtungsgehilfe sein[1]. Doch kann auch in diesen Fällen eine Haftung des Geschäftsherrn eintreten, allerdings nur nach § 823, sofern den Unternehmer ein Verschulden trifft[2]. Eine weitere Haftungsbegrenzung ist im Gesetz selbst erwähnt: die schadenstiftende Handlung muß in Ausführung der Verrichtung erfolgen, zu der die Hilfsperson bestellt worden ist[3]. Ähnlich wie bei § 278 die Einstandspflicht des Schuldners auf die Handlungen beschränkt ist, die in Erfüllung der Schuldverbindlichkeit begangen werden, kommen auch für § 831 nur solche Handlungen in Betracht, die mit der eigentlichen Tätigkeit des Bestellten in Verbindung stehen. Die schädigende Handlung muß derart in den Kreis der Maßnahmen fallen, die die Tätigkeit des Gehilfen ausmachen, daß ein innerer Zusammenhang zwischen der Schadenszufügung und der Bestellung zur Verrichtung besteht[4]. Dieser Zusammenhang wird durch eine irrtümliche oder willkürliche Überschreitung des Auftrages noch nicht ohne weiteres unterbrochen; denn jede Schädigung Dritter stellt bereits ein Abweichen von der eigentlich zu verrichtenden Tätigkeit dar[5]. Allerdings liegt eine vorsätz-

---

1) RGZ 51, 199, 200; 86, 425, 432; 170, 1, 8; RG JW 10, 747 f. Die hierfür grundlegende Entscheidung RGZ 51, 199, 200 will diese Tatsache aus dem Wortlaut des § 831, insbesondere aus dessen Abs. I S. 2 herleiten. Jedoch ist diese Begründung nicht haltbar; hiergegen auch Oertmann § 831/2 a. Die im Ergebnis zutreffende Einschränkung des für die Haftung nach § 831 in Frage stehenden Personenkreises nach dem Gesichtspunkt der Abhängigkeit ist nur aus dem Sinn dieser Norm zu begründen: das Haftpflichtrisiko des Unternehmers beschränkt sich auf seinen natürlichen Herrschaftsbereich und endet dort, wo ein neuer, selbständiger Unternehmer hinzutritt.

2) RG JW 10, 747; die Beweislastumkehr des § 831 greift in diesem Fall natürlich nicht ein.

3) Eine ähnliche Einschränkung ist z.B. auch in § 2 HaftpflG und in den §§ 431, 456, 485 HGB getroffen.

4) RGZ 87, 1, 3; 104, 141, 144; RG JW 24, 1714, 1715; BGHZ 11, 151, 153; BGH VersR 55, 205 und 214; 60, 134.

5) BGH VersR 63, 1076, 1078; 66, 1074; 67, 353, 354; OLG Nürnberg VersR 65, 70.

lich begangene unerlaubte Handlung in der Regel außerhalb des zugewiesenen Aufgabenbereichs[1].

Das Vorliegen der bisher geschilderten Tatbestandelemente im Prozeß darzutun, ist Aufgabe des Verletzten. Allerdings braucht er nicht anzugeben, welcher von mehreren in Frage kommenden Gehilfen den Schaden zugefügt hat[2]. Es genügt, wenn er nähere Umstände angibt[3], die dem Geschäftsherrn die Identifizierung des Gehilfen ermöglichen. Dessen Aufgabe ist es dann, die in Frage kommende Person zu benennen und sich für diese zu entlasten. Falls ihm nicht die Identifizierung des wirklichen Täters gelingt, muß er sich für alle in Frage kommenden Gehilfen entlasten[4].
Für den Geschäftsherrn stellt § 831 eine Art Unterlassungsdelikt dar. Wie jedes Unterlassungsdelikt erfordert auch § 831 eine Rechtspflicht zum Handeln, die im Gesetz allerdings nur in Gestalt der besonderen Leitungspflicht des § 831 Abs. I S. 2 und der Pflicht zur Beschaffung von Gerätschaften zum Ausdruck gekommen ist, die jedoch auch hinsichtlich der Auswahl besteht[5]. Der Geschäftsherr ist angehalten, jede Person bei ihrer Bestellung im Hinblick auf ihre fachliche und charakterliche Eignung zu überprüfen. Diese Auswahlpflicht ist, wie unten noch näher untersucht wird, durch die Rechtsprechung allmählich fortentwickelt und dadurch in eine zusätzliche Pflicht zur Überwachung ausgedehnt worden. Die besondere Leitungspflicht und die Beschaffungspflicht des Abs. I S. 2 dagegen gehen nicht automatisch mit einer jeden Bestellung einher.

---

1) RG JW 32, 2014 und 2076; jedoch ist eine Haftung nach § 823 möglich.

2) RGZ 70, 379, 381; 87, 1, 3; 159, 283, 290; RG JW 14, 759; 33, 824; WarnRspr 14, Nr. 53; BGH VersR 55, 746, 747; 58, 107.

3) Diese Angaben müssen jedoch zu den klagebegründenden Tatsachen gezählt werden, denn es geht nicht an, daß der Verletzte dem Geschäftsherrn den Entlastungsbeweis dadurch erschwert, daß er diesen zwingt, sich für alle Angestellten zu exkulpieren.

4) RGZ 159, 283, 290; JW 06, 196, 197; BGH VersR 53,242; 58,107,108.

5) Larenz § 67/VI (S. 445); Heck, S. 444; Baur, Karlsruher Forum 1962, S. 14.

Wie der Gesetzeswortlaut bereits erkennen läßt, hängt deren Bestehen von den näheren Umständen ab, so etwa die besondere Leitungspflicht von einer gesteigerten Gefährlichkeit der übertragenen Verrichtung [1]. Daß eine derartige Leitungs- oder Beschaffungspflicht bestanden hat, ist vom Verletzten nachzuweisen.

Die Besonderheit des § 831 besteht darin, daß eine gesetzliche Vermutung dafür spricht, daß der Besteller gegen diese Pflichten verstoßen hat und diese Nachlässigkeit für den Schaden ursächlich geworden ist [2]. Infolge dieser Beweislastumkehrung ist es Sache des Geschäftsherrn, sich von seiner Verantwortlichkeit zu befreien. Den Entlastungsbeweis kann er auf zweierlei Art führen, nämlich entweder indem er die Schuldvermutung widerlegt oder indem er nachweist, daß seine Nachlässigkeit nicht für den Schaden ursächlich geworden sein kann.

Der Nachweis mangelnden Verschuldens ist in jeder Richtung zu führen. Er muß klar legen, daß der Besteller zu dem Schluß kommen durfte, der Gehilfe würde den an ihn zu stellenden Anforderungen in fachlicher und charakterlicher Hinsicht genügen, daß der Geschäftsherr seiner im Einzelfall bestehenden Leitungspflicht nachgekommen sei und daß er die zur Durchführung der Arbeit und der hierbei notwendigen Gefahrenabwehr taugliche Ausrüstung gestellt habe [3]. Der Geschäftsherr kann sich hierzu aller Beweismittel bedienen [4]. Allerdings genügt nicht der Nachweis, daß eine mangelnde Eignung nicht für den Schaden ursächlich geworden sei; der Gehilfe muß objektiv geeignet sein [5].

---

1) RGZ 82, 206, 218; RG JW 35, 3540; LZ 22, 159; BGH LM Nr. 9 zu § 831 (Fc); LM Nr. 23 zu § 823 (Dc); BGH VersR 57, 532, 533.

2) Westermann, JuS 61, 333, 342 weist darauf hin, daß nach dem Wortlaut des Gesetzes zweifelhaft sein könne, ob auch zwischen dem Auswahlverschulden und der Gehilfenhandlung Kausalität bestehen müsse. Die Rspr. habe jedoch auch hier ständige Kausalität gefordert/ RGZ 135, 149, 155; 159, 312, 315; RG LZ17, 866.

3) Vgl. hierzu die ausführliche Kommentierung bei Soergel-Siebert § 831 Anm. 24 ff; RGRK § 831 Anm. 21 ff; Erman § 831 Anm. 7.

4) Enn.-L.§ 241/III 1 a (S. 981) und die dort angeführte Rspr.

5) RG JW 34, 2973; BGH LM Nr. 6 zu § 831 (Fa.).

Der Nachweis mangelnder Ursächlichkeit seines vermuteten Verschuldens ist dem Geschäftsherrn dann gelungen, wenn er entweder nachweisen kann, daß auch einem sorgfältig Auswählenden die Untauglichkeit des Bestellten entgangen wäre, oder daß auch eine zuverlässige Hilfsperson den Schaden verursacht hätte[1]. Dasselbe gilt entsprechend für die besondere Leitungspflicht und die Beschaffungspflicht. Beide Entlastungsbeweise sind von einander unabhängig. Insbesondere kann der Nachweis mangelnder Kausalität auch geführt werden, bevor die Entlastung von der Verschuldensvermutung versucht worden ist. So erscheint § 831 in seinem tatbestandlichen Aufbau als eine für das Zivilrecht[2] eigenartige Vermischung fremden widerrechtlichen Tuns als objektiver Komponente und eigener schuldhafter Veranlassung als subjektivem Merkmal[3]. Diese Norm enthält keine neuen objektiven Tatbestandsmerkmale[4], sondern setzt die rechtswidrige Verwirklichung eines Tatbestandes der §§ 823 ff voraus; diese rechtswidrige Schädigung wird zur eigenen - vermuteten - Schuld des Bestellers zugerechnet, wobei das Gesetz unterstellt, daß das Verschulden für den Schaden kausal ist. Insofern ist diese Vorschrift mit der strafrechtlichen, limitiert akzessorischen Teilnahme vergleichbar, bei welcher ebenfalls eine Verknüpfung von fremder Tat und eigener schuldhafter Veranlassung erfolgt, ohne daß es auf ein Verschulden des eigentlichen Täters ankäme[5]. Wegen des fehlenden eigenen Eingriffs in die Gütersphäre Dritter - und da-

---

1) Nach der Rspr. soll ein fehlendes Verschulden des Gehilfen diesen Beweis erleichtern; RGZ 135, 149, 155; 159, 312, 315.

2) Einen Parallelfall stellt § 832 dar.

3) Westermann, JuS 61, 333, 342 spricht von mittelbarer Verschuldenshaftung. Heck, S. 444 kommt zur Auffassung, es handle sich um ein Spezialdelikt, nachdem er eine Einordnung unter den Begriff mittelbarer Täterschaft verwirft. Vgl. hierzu auch Baur, Karlsruhe Forum 1962, S. 14.

4) In diesem Sinne ist wohl auch die Bemerkung von Esser § 205/2 (S. 878) zu verstehen, wo er meint, das Gesetz stelle keinen neuen Deliktstatbestand auf.

5) Genau genommen entspricht § 831 einer Teilnahme durch Unterlassen.

mit des Haftungsgrundes der ausgleichenden Gerechtigkeit[1] - bedarf allerdings die Haftung des Geschäftsherrn einer eigenen Rechtfertigung. Diese besteht in dem bereits erwähnten Gedanken des Einstehenmüssens für den eigenen Geschäftskreis: derjenige, aus dessen Bereich letzlich die Ursache für die Schädigung gekommen ist - vielfach wird der Gehilfe erst durch seine Tätigkeit für den Besteller in eine Lage versetzt, in der er die Rechte Dritter verletzen kann - soll auch bei deren Eintreten im Interesse des Verletzten die wirtschaftlichen Folgen tragen müssen[2]. Jedoch ist dieser Gedanke des Einstehenmüssens für den beherrschten Bereich durch das Erfordernis des wenn auch vermuteten eigenen Verschuldens abgeschwächt[3]. Gleichwohl könnte man auf den ersten Blick in § 831 einen wirksamen Schutz des Interesses des Verletzten vermuten, außer dem meist mittellosen Gehilfen einen zahlungskräftigen Schuldner in Gestalt des Geschäftsherrn erhalten. Die Einengung des Kreises der zurechenbaren Schädigungen auf die subjektiv schuldhaft veranlaßten könnte durch die Schuldpräsumtion des § 831 wieder wettgemacht werden.

Indessen ist diese Norm bereits während ihrer Entstehung und darüber hinaus bis in unsere Tage Gegenstand umfangreicher Diskussion gewesen, die die ganze Skala von nicht müde werdender Verteidigung[4] bis zu recht herber Kritik[5] umfaßt. Sie ist Gegenstand zahlreicher Reformvorschläge gewesen und auch jetzt besteht wieder die Absicht, diese Bestimmung zu ändern[6].

---

1) Esser § 205/2 (S. 878); Larenz § 65 vor I (S. 399).

2) Im Innenverhältnis bleibt es jedoch bei der Haftung des Gehilfen, sofern er schuldhaft gehandelt hat, da er der Tat näher steht, § 840 Abs. II.

3) Diese Tatsache hat den BGH zu dem Ausspruch veranlaßt, der Gedanke des "Einstehenmüssens für ein Betriebsrisiko" habe im Gesetz nur unvollkommen Ausdruck gefunden; vgl. BGHZ 24, 21, 30; BGH MDR 58, 680.

4) Vgl. Böhmer, VersR 63, 914; JR 57, 15; 63, 134; MDR 60, 638; 64, 968

5) Esser, ACP 148, 121 ff, 135; Weitnauer, VersR 63, 101, 102; Wussow, NJW 58, 891, 894.

6) Neuestens Referentenentwurf 1967.

Schon die etwas altväterlich anmutende Formulierung in § 831 erweckt das Gefühl, daß diese Vorschrift eigentlich ihrem Zuschnitt nach nur auf den kleinen bäuerlichen oder handwerklichen Betrieb und das Hauswesen mit seinen Dienstboten paßt. In der Tat zeigt die Entstehungsgeschichte, daß den Vätern des BGB dieses Bild vor Augen schwebte[1]. Wie sich aus den Materialien ergibt, war man sich über den weiten Anwendungsbereich dieser Norm und über die Verhältnisse beim Großbetrieb im klaren. Man glaubte jedoch, die Regelung der Haftung der Großbetriebe für ihre Angestellten der Spezialgesetzgebung überlassen zu können, was sich allerdings als verhängnisvoller Irrtum herausstellen sollte. Denn die Spezialgesetzgebung ist heute kaum weniger lückenhaft, als sie es bei den Beratungen des BGB war. In dem Bereich der Gefährdungshaftungen sind zu dem Reichshaftpflichtgesetz von 1871 inzwischen noch einige Spezialgesetze hinzugekommen[2], doch nur das StVG mit seiner in § 7 normierten Halterhaftung[3] erfaßt einen wirklich erheblichen Teil der möglichen Haftpflichtfälle. Die Vorschriften der §§ 431, 456, 485 HGB, § 3 BinnSchG und § 2 HaftpflG, die ähnlich dem § 278 eine objektive Einstandspflicht des Geschäftsherrn anordnen, sind auf Spezialfälle beschränkt. Im übrigen ist es aber bei der Regelung des § 831 bis in unsere Tage verblieben.
Das Unbehagen an dieser Vorschrift richtet sich vor allem gegen die Ausgestaltung als Verschuldenshaftung und gegen den Entlastungsbeweis[4], der vor allem beim Großbetrieb durch seine Dezentralisierung die Anwendbarkeit dieser Vorschrift praktisch zunichte gemacht hat. Auf diese beiden Punkte wird sich auch diese Untersuchung in der Hauptsache erstrecken.

---

1) Prot. II, S. 603; Mot. II, S. 736 ff; ebenso Fikentscher § 107/I 2 e (S. 594).

2) Z.B. §§ 33, 53 LuftVG; §§ 25 ff AtomG; § 22 WHG; §§ 29 ff BJagdG.

3) Nach § 10 AKB ist der berechtigte Fahrer ebenfalls mitversichert.

4) Die Beweislastumkehr kann sich auch einmal zugunsten des Verletzten auswirken; ein eindrucksvolles Beispiel ist der Fall RGZ 159, 283 ff.

2. Kapitel:

Verschuldensgrundsatz und dezentralisierte Entlastung

A

Zunächst soll kurz auf die Gründe eingegangen werden, aus denen sich der Gesetzgeber dazu entschloß, die Einstandspflicht des Geschäftsherrn für Gehilfenhandlungen als Verschuldenshaftung zu regeln. Bereits vor der Veröffentlichung des ersten Entwurfs zum BGB und der erläuternden Motive wurde während der Verhandlungen des 17. und des 18. Deutschen Juristentages [1] offenbar, wie gegensätzlich die vertretenen Auffassungen waren. Entsprechend den beiden im damaligen Deutschen Reich vorhandenen zwei großen Rechtskreisen, dem des Preußischen Allgemeinen Landrechts und des gemeinen Rechts einerseits, sowie dem des französischen Rechts andererseits, standen sich zwei große Gruppen gegenüber. Die Anhänger der ersteren Gruppe befürworteten eine Ausgestaltung der Gehilfenhaftung nach dem römisch-rechtlichen culpa-Prinzip [2]. Die andere Meinung forderte unter Hinweis auf deutschrechtliche Rechtsregeln, auf Art. 1384 CC und die angloamerikanische master-servant-Haftung eine unbedingte Haftung des Geschäftsherrn für das Verschulden seiner Gehilfen [3].

Nach römischem Recht bestand grundsätzlich keine Haftung für

---

1) Hierzu wurden Gutachten und Referate von Dreyer, Otto Meyer, Leonhard, Jaques und Petersen erstattet: 17. DJT Bd. I, S. 46 ff, 125 ff, 337 ff; Bd. II, S. 80 ff, 284 ff; 18. DJT Bd. I, S. 275 ff; Bd. II, S. 67 ff, 83 ff. Hervorzuheben sind das Gutachten von Dreyer, 17. DJT Bd. I, S. 46 ff, das eingehend die geschichtliche Entwicklung untersucht, und das Gutachten von Petersen, 18. DJT Bd. I, S. 275 ff, das eine Zusammenfassung der Meinungen enthält.

2) Vor allem Leonhard, 17. DJT Bd. I, S. 337 ff; vgl. auch Goldschmidt, ZHR 16, 287 ff, besonders S. 367 ff.

3) Dreyer, 17. DJT Bd. I, S. 46 ff.

Verschulden Dritter. Indessen kam auch das römische Recht nicht ohne Konzessionen an das Verkehrsbedürfnis aus. Solche bestanden einerseits in Gestalt der Noxalklagen, die jedoch von der besonderen Voraussetzung ausgingen, daß der rechtlose Sklave kein Vermögen hatte und auch nicht verklagt werden konnte[1]. Deshalb kann zum Vergleich nur die andere Gruppe herangezogen werden, nämlich die Haftung für effusis vel dejectis und die Haftung der nautae, caupones, stabularii und publicani für ihre Angestellten. Zwar führte das römische Recht auch hier das Verschuldensprinzip durch: es gab nur eine Haftung wegen culpa in eligendo vel custodiendo. Jedoch wurde dieses Verschulden ohne die Möglichkeit einer Entlastung fingiert[2]. Dem Grundsatz nach wurde diese Regelung auch in den Kreis des gemeinen Rechts und später dann auch in das Preußische Allgemeine Landrecht[3] übernommen, freilich mit der einen, allerdings gewichtigen Änderung, daß ein Verschulden des Geschäftsherrn nun nicht mehr fingiert wurde. Auch der Entwurf eines Allgemeinen deutschen Obligationenrechts von 1866 ging in seinem Art. 216 von einer culpa in custodiendo aus[4]. Für das

---

1) Der Herr des Sklaven konnte sich durch noxae deditio von seiner Haftung befreien.

2) Vgl. im einzelnen: Wyß, insbesondere S. 55 - 69 mit den dort angeführten Nachweisen; außerdem Baron, AcP 52,42 ff; Wäntig, S. 51 ff und 61 ff; Goldschmidt, ZHR 3, S. 58 ff, 71; Dreyer, 17. DJT Bd. I S. 46 ff, 71; Esser, Gefährdungshaftung, S.47 f.

3) ALR § 53, I, 6; §§ 60 ff, I, 6; teilweise war die Haftung subsidiär und trat nur ein, wenn eine Befriedigung aus dem Vermögen des Gehilfen nicht zu erlangen war: ALR § 67, I, 6.

4) Dreyer, 17. DJT Bd. I, S. 46 ff, 59 f und 71; vgl. auch Goldschmidt, ZHR 16, S. 287 ff, 374 ff mit zahlreichen Nachweisen über die verschiedenen Landesrechte; Enneccerus, 17. DJT Bd. II, S. 95 ff.
Dieser Dresdener Entwurf sollte noch erheblichen Einfluß auf das Schuldrecht des BGB erhalten; der für das Schuldrecht zuständige Redaktor, Kübel, der ersten Kommission erkrankte bald nach Aufnahme seiner Tätigkeit und als Ersatz wurde weitgehend auf den Dresdener Entwurf zurückgegriffen. Deshalb ist auch der Wortlaut dieser Vorschrift von Interesse:
Art. 216: "Wer rechtlich verpflichtet ist, die Aufsicht über einen anderen zu führen, haftet, wenn er dieser Verpflichtung aus Verschulden nicht nachkommt, für den Schaden, den der andere durch eine widerrechtliche Handlung oder im Falle seiner Handlungsunfähigkeit durch eine Tat verursacht, welche bei gehöriger Aufsicht nicht begangen worden wäre."

österreichische Recht bestimmt § 1313 ABGB, daß grundsätzlich nicht für fremde schadenstiftende Handlungen gehaftet wird. Ausnahmen, die unserem § 831 ähneln und nur unzureichend das Haftungsproblem lösen, stellen die §§ 1314 und 1315 ABGB dar[1]. Andererseits geht das französische Recht in Art. 1384 Abs. V CC - jedenfalls nach damals herrschender Meinung[2] - zwar ebenfalls vom Verschuldensgrundsatz aus[3], stellt jedoch für das Auswahlverschulden des Geschäftsherrn eine Vermutung auf, ohne die Möglichkeit einer Entlastung offen zu lassen. Demgegenüber legte das Badische Landrecht in seinen Art. 1384 und 1384 a, die die Führung eines Exkulpationsbeweises erlaubten, eine mildere Haftung fest. Auch das damals gültige schweizerische Obligationenrecht kehrte in seinem Art. 62 von der strengen Haftung des Art. 1384 CC ab und ließ einen Entlastungsbeweis zu[4]. Im anglo-amerikanischen Recht herrscht in Gestalt der master-servant-Haftung eine Rechtspraxis, die, wie unser § 278 im vertraglichen Bereich, auch für rein deliktische Verhältnisse eine Haftung ohne Verschulden vorsieht.

Wegen der Fülle des bereits in den Gutachten zum 17. Deutschen Juristentages zusammengetragenen Materials und weil sich bei den ersten Beratungen keine klare Mehrheit erreichen ließ, wurde das Problem der Gehilfenhaftung auch zum Beratungsgegenstand des 18. Juristentages von 1886 gemacht. Dort wurden zwei Alternativvorschläge zur Abstimmung vorgelegt: Die Normierung einer Einstandspflicht gemäß dem Vorbild des Art. 1384 CC und ande-

---

1) § 1313 a ABGB wurde erst durch die dritte Teilnovelle von 1916 eingefügt; außerdem ist bestritten, inwieweit diese Vorschrift auch auf den außervertraglichen Bereich anwendbar ist. Nach der heute h. M. ist eine konkrete, bestehende Verbindlichkeit erforderlich; vgl. Edlbacher, Karlsruher Forum 1962, S. 17 f.

2) Zu den einzelnen nacheinander entwickelten Theorien vgl. Baur, Karlsruher Forum 1962, S. 14 und Mazeaud-Tunc, S. 1005 ff.

3) Heinsheimer-Wolff, Die Zivilgesetze der Gegenwart Bd, I: Frankreich, Code Civil (1932), Art. 1384 Anm. C I.

4) Während früher in dieser Vorschrift eine Verschuldenshaftung mit umgekehrter Beweislast gesehen wurde, erblickt seit etwa 1910 die h. M. darin eine Kausalhaftung mit "Befreiungsbeweis"; vgl. Oftinger, Bd. II Teil I, S. 96; Becker, Art. 55 OR Anm. I.

rerseits eine Regelung, die dem Geschäftsherrn eine Entlastungsmöglichkeit beließ [1]. Der Juristentag entschloß sich für den ersteren Vorschlag, also für eine objektive Einstandspflicht des Geschäftsherrn [2].

Gleichwohl sind die §§ 711 und 712 des ersten Entwurfs vom reinen Verschuldensprinzip beherrscht. Sie haben folgenden Wortlaut:

§ 711

I "Wer einen anderen zur Verrichtung einer oder mehrerer Handlungen bestellt, ist denselben zu beaufsichtigen verpflichtet, wenn und soweit es die Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters erfordert."

II "Wird diese Pflicht verletzt, so haftet der Aufsichtspflichtige nach Maßgabe des § 710 Abs. I für den Ersatz des Schadens, welchen die bestellte Person durch eine in Ausführung ihrer Verrichtung begangene unerlaubte Handlung einem Dritten zugefügt hat."

§ 712

"Wer einen anderen zur Verrichtung einer oder mehrerer Handlungen bestellt, ist eine hierzu geeignete Person auszuwählen verpflichtet. Wird diese Pflicht verletzt, so findet die Vorschrift des § 711 Abs. II entsprechende Anwendung."

§ 710 des ersten Entwurfs lautete:

§ 710

I "Derjenige, welcher kraft Gesetzes über einen anderen die Aufsicht zu führen verpflichtet ist, haftet für den Ersatz des von dem anderen einem Dritten widerrechtlich zugefügten Schadens, wenn er seine Aufsichtspflicht verletzt hat und bei Erfüllung derselben der Schaden nicht entstanden sein würde."

II .....

In den Motiven [3] ist dazu ausgeführt, eine so strenge Haftung wie sie Art. 1384 CC beinhalte, sei dem deutschen Recht fremd; eine Haftung dürfe nur bei Verschulden eintreten [4].

Zwei derart gegensätzliche Regelungen wie die Vorschrift des Art. 1384 CC und die §§ 711, 712 des ersten Entwurfs von 1888

---

1) 18, DJT Bd. II, S. 82.

2) 18. DJT Bd. II, S. 106.

3) Mot. II, S. 736 f.

4) Besonders Jehring soll sich für das Verschuldensprinzip eingesetzt haben; vgl. Süß, DRWiss. 42, 185 ff, 186.

stützen sich auf Grundgedanken des römischen Rechts. Während aber der Code Civil die genannten Ausnahmefälle des römischen Rechts und den darin zum Ausdruck kommenden Gedanken der publica utilitas[1] mit Rücksicht auf die Bedürfnisse des Verkehrs zum Prinzip der Gehilfenhaftung erhoben hat, läßt der deutsche Entwurf selbst diese Ausnahmen und auch die weitergehenden partikularrechtlichen Ansätze unberücksichtigt und kehrt zum reinen Schuldprinzip zurück.

Diese geplante Gesetzesfassung hat dann auch weitgehend Kritik hervorgerufen[2]. Insbesondere v. Gierke[3] kritisiert, der von rein individualistischen Gesichtspunkten ausgehende Entwurf vernachlässige die deutschrechtliche Haftung für fremdes Verschulden; das Privatrecht sei nun, nachdem es von "solchen Singularitäten gesäubert" sei, "romanischer als das römische Recht". Und wirklich läßt unser BGB jene im germanischen Recht vor der Rezeption bestehende Haftung für Hausangehörige und Bedienstete, für die der Herr ohne Rücksicht auf eigenes Verschulden einzustehen hatte, außer Acht[4].

Auch aus den Beratungen des zweiten Entwurfs[5] geht hervor, daß § 831 in seiner Entstehung lebhaft umstritten war. Gegen die strikte Durchführung des Schuldprinzips wurde eingewandt, den Ausgangspunkt für sämtliche Überlegungen müsse der volks-

---

1) Wyß, S. 55; Goldschmidt, ZHR 16, S. 367 ff.

2) v. Gierke, Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht, Jhb. für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft für das deutsche Reich, 12. und 13. Jahrgang (1888/89), S. 247 ff; ders., Die soziale Aufgabe des Privatrechts (1889, Neudruck 1948), S. 26; Gutachten aus dem Anwaltsstande (1890), S. 1202 ff; Gutachtliche Äußerungen zu dem Entwurf eines BGB Bd. II (1890), S. 406 ff m.w.Nachw.; Unger, JherJb. 30,S. 363 ff, 391 ff; a.A. Planck, ACP 75, 327 ff, 389 ff.

3) v. Gierke, Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs . . . (vgl. Fußn. 2), S. 249; Feder, S. 88.

4) Hierzu Stobbe, Deutsches Privatrecht Bd. III, S. 387 ff; v. Gierke, Schuld und Haftung, S. 14 ff und 101 ff; Süß, DRWiss. 42, 185; Larenz, Vertrag und Unrecht Bd. II § 35; vor allem Bienenfeld, S. 14 f und die dort angegebene Literatur.

5) Prot. II, S. 597 ff.

wirtschaftliche Grundsatz bilden, daß jedes Gewerbe diejenigen Lasten auf sich zu nehmen habe, die in der Eigenart seines Betriebes lägen. Eine nur auf die häufig nicht nachzuweisende culpa in eligendo vel custodiendo gestützte Verantwortlichkeit würde dem Schutzbedürfnis Dritter nicht gerecht. Es bestehe auch eine Ungleichheit zwischen den Verhältnissen des kleinen und denen des großen Betriebes; es sei unbillig, daß derjenige, der alles selbst besorgen müsse, schlechter gestellt sei, als der Geschäftsherr eines großen Betriebes, der Angestellte habe und dessen Haftung für die Handlungen der Hilfspersonen ungewiß sei. Im BGB müsse das Prinzip verwirklicht werden, daß der Unternehmer für alle Handlungen seiner Untergebenen einzustehen habe. Die Majorität vertrat jedoch die Auffassung, der Gedanke, wer die Vorteile eines Unternehmens genieße, habe auch für die dadurch verursachten Schäden aufzukommen, habe im BGB keinen Platz, sondern müsse der Spezialgesetzgebung vorbehalten bleiben. Als einziges Zugeständnis hielt man eine Beweislastumkehrung nach dem Vorbild des damaligen Art. 62 des Schweizer Obligationenrechts für vertretbar. So wurde diese Vorschrift in ihrer praktischen endgültigen Fassung von der zweiten Kommission verabschiedet. Die Auseinandersetzung war damit zwar noch nicht beendet[1]. Eine weitere Änderung des Gesetzestextes ist jedoch nicht mehr vorgenommen worden.

Wie der kurze Einblick in die Entstehungsgeschichte gezeigt hat, waren dem Gesetzgeber bei der Fassung des § 831 die wesentlichen Umstände und Gesichtspunkte infolge umfangreicher und intensiver Erörterungen bekannt. Trotzdem hat er unter dem Trugschluß, die Spezialgesetzgebung könne Unstimmigkeiten vermeiden, sich für die Durchführung des freilich durch die Umkehrung der Beweislast gemilderten Schuldprinzips entschlossen. Es hat sich aber herausgestellt, daß eine derart weitgespannte Materie wie die Gehilfenhaftung, die in einer Unzahl von Fällen zur Anwendung kommen kann - man denke nur an die

---

1) Denkschrift, S. 101 ff; Bericht der Reichstagskommission, S. 107 f.

unterschiedlichen Fälle: Kind als Verrichtungsgehilfe des Vaters und Haftung eines Industrieunternehmens für seine Arbeiter -, nicht durch Spezialgesetz geregelt werden kann, sondern der Fixierung eines einheitlichen Grundsatzes bedarf. Daß als dieser Grundsatz das Verschuldensprinzip im BGB verwirklicht wurde, entspricht der damaligen individualistischen Einstellung [1]. Mit zunehmender Technisierung und Industrialisierung zeigte sich indessen, daß eine sozial gerechte Verteilung des Schadensrisikos nicht mehr allein mit dem Verschuldensgrundsatz herbeigeführt werden kann. Diese Entwicklung [2] führte teilweise zur Schaffung neuer Spezialgesetze. Auch die Unternehmer haben bereits vielfach freiwillig die Konsequenzen gezogen und die Betriebshaftpflichtversicherungen auf sämtliche Angestellte erweitert [3].

Als Versuch einer Reform der Gehilfenhaftung wäre noch § 6 des Akademischen Entwurfs von 1940 zu nennen [4]. In einer von

---

1) Hiergegen polemisiert vor allem Menger, Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen (4. Aufl. 1908).

2) Esser, Gefährdungshaftung, S. 3, sieht in der Tatsache, daß dem BGB immer größere Teile des Schadensrechts "entgleiten", eine Entfremdung der bürgerlichen Rechtstheorie von der lebendigen Entwicklung.

3) Vgl. z.B. den Fall BGH VersR 59, 42; da § 151 VVG nur die leitenden Angestellten des Unternehmers von Gesetzes wegen in den Versicherungsschutz mit einbezieht, bedarf die Erweiterung des Risikos auf die Gesamtbelegschaft einer eigenen Vereinbarung, die jedoch schon weitgehend üblich ist; die Versicherungsgesellschaften halten hierfür eigene Vordrucke bereit.

4) Vgl. hierzu insbesondere den Beitrag von Löning. - § 6 des akademischen Entwurfs lautet:

> I "Wer einen anderen zu einer Verrichtung bestellt, ist zum Ersatz des Schadens verpflichtet, den der andere in Ausführung der Verrichtung einem Dritten rechtswidrig zufügt."
> II "Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der Geschäftsherr nachweist, daß den Verrichtungsgehilfen kein Verschulden trifft. Es bleibt jedoch auch in diesem Falle bei der Ersatzpflicht des Geschäftsherrn, wenn er nicht außerdem nachweist, daß er bei der Auswahl und Beaufsichtigung des Gehilfen sowie bei der ihm etwa obliegenden Beschaffung von Gerätschaften und dergleichen die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet hat, oder daß der Schaden auch bei

Esser[1] als monströs bezeichneten Fassung geht der Entwurf in Absatz I von einer unbedingten Einstandspflicht entsprechend dem Art. 1384 CC aus, um dann im Absatz II gleich zwei Entlastungsbeweise zu eröffnen und wieder zum Verschuldensdogma zurückzukehren. Aus dem Bericht Lönings geht hervor, daß man keine Haftung für fremdes Verschulden einführen wollte, weil dann der Verletzte die Beweislast tragen müsse[2]. Außerdem wollte man im Absatz II des Gesetzesentwurfs auch den dezentralisierten Entlastungsbeweis streichen[3], der inzwischen von den Gerichten in ständiger Rechtsprechung zugelassen wurde.

B

Soweit ersichtlich, ist die Frage der dezentralisierten Entlastung des Geschäftsherrn in der Rechtsprechung erstmals in der Entscheidung des RG vom 9. 7. 06[4] behandelt worden. Hier hat das RG ausgeführt, der Geschäftsherr hafte nur für den Schaden, den eine v o n i h m mit der Verrichtung betraute Person widerrechtlich zugefügt habe. Würden die einzelnen Angestellten von einer Zwischenperson ausgewählt, so sei

---

Forts. v. Fußnote 4) (S.21)

Anwendung dieser Sorgfalt entstanden sein würde. Hat der Geschäftsherr aus zwingenden Gründen, namentlich wegen des Umfanges seines Betriebs, den Gehilfen nicht selbst ausgewählt und beaufsichtigt, oder die Gerätschaften nicht selbst beschafft, so befreit ihn von der Ersatzpflicht nur der Nachweis, daß die mit der Auswahl und Beaufsichtigung oder mit der Beschaffung der Gerätschaften betrauten Personen hierbei die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet haben, oder daß der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt entstanden wäre.
III ..... (wie der bisherige § 831 Abs. II)

1) Esser, ACP 148, 121 ff, 136.

2) Löning, S. 60. Rother, S. 134 weist darauf hin, daß durch die Ausgestaltung des Beweises des ersten Anscheins der Verschuldensnachweis nicht so schwierig zu erbringen ist, wie umgekehrt die Entlastungsmöglichkeit des § 831 zu Lasten des Verletzten ins Gewicht fällt.

3) Esser, ACP 148, 121 ff, 135.

4) RG JW 06, 547; vgl. auch WarnRspr. 08, Nr. 475; noch nicht ganz eindeutig: RG JW 06, 196, 197.

deren Verrichtung die sorgfältige Auswahl eben jener niederen Angestellten[1].

In dem Urteil vom 6. 3. 1911[2] heißt es, der Beweis dafür, daß der Besteller bei der Auswahl des Gehilfen die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet habe, könne u n t e r U m s t ä n d e n dadurch geführt werden, daß der Besteller darlege, er habe die Anstellung der Person einem tüchtigen und zuverlässigen Geschäftsführer übertragen. Es könne ihm nicht zugemutet werden, jeden Angestellten selbst auszuwählen, vorallem, wenn er durch die Größe des Betriebes oder infolge Krankheit oder Abwesenheit hieran gehindert sei.

Während sich das RG in diesen Entscheidungen noch nicht vollständig festgelegt hat, bestimmt es im nächsten Urteil unmißverständlich, der Entlastungsbeweis habe sich immer auf die Zwischenperson zu beziehen. Dieser Entscheidung vom 14.12.1911[3], auf die sich in Zukunft die gesamte Praxis direkt oder durch Vermittlung anderer Erkenntnisse berufen sollte, lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Der Kläger, der gerade die Straßenbahn verlassen hatte und den Gehweg zu erreichen trachtete, wurde auf der Straße von einem Omnibus der beklagten Gesellschaft überfahren und schwer verletzt. Das KG hatte der Schadensersatzklage des Verletzten stattgegeben, da es den Entlastungsbeweis nach § 831 nicht als erbracht angesehen hatte. Demgegenüber führte das RG aus, § 831 beinhalte eine Haftung für eigenes vermutetes Verschulden; das setze aber voraus, daß ein Verschulden des Bestellers bei der Auswahl überhaupt denkbar sei. Wenn die Größe des Betriebes dem Geschäftsherrn selbst die Auswahl unmöglich mache und diese daher auf einen höheren Angestellten übertragen werden müsse, habe sich der Entlastungsbeweis auf diesen höheren Angestellten zu erstrecken.

An sich ist diese Entscheidung nicht verwunderlich, wenn man berücksichtigt, welch überragende Bedeutung zu Beginn unseres Jahrhunderts noch dem Verschuldensgrundsatz beigemessen wurde.

---

1) Diese hierarchische Staffelung von Verrichtungen hat der BGH unabhängig von der Entscheidung des RG in BGHZ 11, 151, 153 wieder neu entwickelt.

2) Recht 11, Nr. 2562

3) RGZ 78, 107 ff.

Allerdings hat die Rechtsprechung schon bald nach ihren Anfängen kritische Stimmen hervorgerufen[1]. Es wurde eingewandt, die Judikatur des RG sei plutokratisch und begünstige den Großbetrieb, da der Nachweis, der höhere Angestellte sei ordnungsgemäß ausgewählt worden, in der Regel nicht schwer zu führen sei, während der Leiter eines kleinen Betriebes, der Auswahl und Überwachung selbst besorge, wegen der strengen Anforderungen, die an den Entlastungsbeweis gestellt würden, meist haften müsse. Anstatt des Großunternehmers, der die nötigen finanziellen Mittel im Rückhalt habe, werde dann meist der höhere oder mittlere Angestellte, der Vorgesetzter des Schädigers sei, nach § 831 Abs. II haftbar gemacht. Das nütze aber dem Geschädigten kaum, da der Vorgesetzte zumeist vermögenslos sei. Die Zulassung dieses erleichterten Entlastungsbeweises widerspreche daher dem Gerechtigkeitsgefühl und der Billigkeit.
Die Rechtsprechung hat sich indessen durch diese Kritik nicht beirren lassen und, immer unter Hinweis auf die angeführte Entscheidung des RG vom 14. 12.1911 oder auf ein späteres Erkenntnis, das sich auf dieses Urteil bezieht, an seiner Auffassung festgehalten, ohne sich mit den vorgebrachten Einwänden auseinanderzusetzen[2].
Erst der BGH hat sich in seinem Urteil vom 25. 10. 1951[3] wieder mit diesen Fragen befaßt. Er erläutert kurz die von den Kritikern der reichsgerichtlichen Rechtsprechung vorgetrage-

---

1) Jovy, ArchBürgR 37, 78 ff, 123; Eckstein, ACP 114, 114 ff; Meyer, Recht 24, 312 ff; Deetz, GruchBeitr. 64, 161 ff, 181; und insbesondere die umfassende Abhandlung von Weigert. Späterhin: Nipperdey, 34. DJT (1927) Bd. I, S. 395 ff, 411, 443; ebda, Bd. II, Nikisch, S. 822 ff; Oertmann § 831 Anm. 2 b; Planck § 831 Anm. 2 a; Löning, S. 50; Max Wilburg, Haftung für Gehilfen (1951), S. 51; Michaelis, Beiträge, S. 57; Esser, ACP 148, 121 ff, 135.
Neuerdings jetzt wieder: Esser, MDR 57, 215 f; Wussow, NJW 58, 891, 894; Enn.-L. § 241/III 1 c (S. 982); Soergel-Siebert § 831 Anm. 46; Helm ACP 166, 389 ff, 395 ff; Rother, S. 134.

2) RG JW 13, 919, 920; 14, 759, 760; 15, 395; Recht 17, Nr. 623; 20, Nr. 1517; LZ 14, 1718; WarnRspr 13, Nr. 364; 14, Nr. 35.

3) BGHZ 4, 1, 2; vgl. auch BGHZ 11, 151, 153; VersR 59, 104, 105 und 694, 695; 64, 297.

nen Bedenken, setzt sich dann aber nicht näher damit auseinander, sondern beschäftigt sich mit der Frage, ob § 278 auch im außervertraglichen Bereich anwendbar sei. Lediglich am Schluß der Erörterungen findet sich ein kurzer Hinweis darauf, auch bei Schaffung des BGB habe es bereits Großbetriebe gegeben, bei denen es unmöglich gewesen sei, jede Hilfsperson durch die Unternehmensleitung auswählen und überwachen zu lassen. Hätte man für solche Betriebe eine Sonderregelung schaffen wollen, so wäre das im Gesetz zum Ausdruck gekommen.
Der BGH zieht dabei gar nicht in Erwägung, daß die Problematik der dezentralisierten Entlastung nicht darin liegt, ob § 278 auch im außervertraglichen Bereich anwendbar ist oder nicht, sondern allein eine Sache der Handhabung des § 831 ist. Es findet sich aber weder in den Materialien noch in den begutachtenden Schriften ein Hinweis darauf, daß bei Großbetrieben eine dezentralisierte Entlastung erfolgen solle[1]. Ebenfalls läßt sich keinerlei derartige Absicht des Gesetzgebers aus der Entstehungsgeschichte des § 831 Abs. II entnehmen, nach welcher Bestimmung derjenige, der die Pflichten des Geschäftsherrn zur Auswahl und Überwachung durch Vertrag übernimmt, gleich diesem nach § 831 Abs. I zu haften hat. Leider sind die Materialien in dieser Frage wenig aufschlußreich, zumal die Ausweitung des haftenden Personenkreises, wie sie in § 831 Abs. II enthalten ist, erst in den Beratungen zum zweiten Entwurf vorgenommen wurde und die Protokolle keinerlei Begründung für diese Haftungserweiterung geben[2]. Jedoch sind die Bestimmungen des § 831 Abs. II und des § 832 Abs. II in ihrer Entstehung und ihrem Sinngehalt so eng miteinander verknüpft[3],

---

1) Nur in dem von der Mehrheit abgelehnten Änderungsantrag 4 b) zu den Beratungen des zweiten Entwurfs wird das Problem gesehen, daß in einem größeren Betrieb höhere Angestellte Befugnisse des Geschäftsherrn wahrnehmen, und gefordert, daß der Unternehmer für diese wie die juristische Person für ihre Organe haften solle: Prot. II, S. 599.

2) Vgl. Prot. II, S. 597 ff.

3) Beide Bestimmungen wurden z.B. später von der Reichstagskommission in derselben Sitzung und gleichlautend dahin abgeändert, daß nur eine vertragliche, nicht bereits eine tatsächliche Übernahme die Haftung begründen solle: vgl. Bericht der Reichstagskommission, S. 103.

daß die in den Materialien zu § 832 Abs. II angeführten Erläuterungen ohne weiteres auch zur Auslegung des § 831 Abs. II herangezogen werden können. Als Vorläufer unseres heutigen § 832 bestimmte bereits § 710 des ersten Entwurfs in seinem Abs. II eine Haftung desjenigen, der die Aufsichtsführung von dem gesetzlich hierzu Verpflichteten übernahm. Wie dazu die Motive[1] erkennen lassen, sollte sich die Haftung des Aufsichtspflichtigen weder in ihrem Umfang noch nach ihren Voraussetzungen ändern, wenn ein anderer die Ausführung der Verpflichtung übernimmt. Vielmehr kommt dort zum Ausdruck, daß die Haftung des Übernehmenden zusätzlich neben die des kraft Gesetzes Verpflichteten zu treten hat, ohne daß dadurch die Verantwortlichkeit des Aufsichtspflichtigen gemildert werden soll[2]. Überträgt man diese Grundsätze auf § 831, so ergibt sich, daß die Materialien zumindest nicht für, sondern eher gegen eine erleichterte Entlastung beim Großbetrieb sprechen. Im Ergebnis führt der Entlastungsbeweis in der geschilderten Ausgestaltung zu zweifellos nicht gerechtfertigten Ergebnissen, da er nicht nur das Haftpflichtrisiko der Großunternehmung verringert, sondern auch den von einem Angestellten eines Großbetriebes Verletzten schlechter stellt. Diese Folge hat die Rechtsprechung auf zweierlei Weise zu verhindern gesucht: durch eine Verschärfung der Anforderungen an die Haftungsbefreiung in § 831 selbst und durch die Entwicklung von außerhalb dieser Vorschrift liegenden Hilfskonstruktionen. Im folgenden Abschnitt wird zunächst die im Wege der richterlichen Rechtsfortbildung erfolgte Aus- und Umgestaltung des § 831 untersucht werden. Dabei wird sich herausstellen, daß der Nachweis der Sorgfaltsanwendung von der Auswahl auch auf andere Funktionen des Geschäftsherrn erstreckt wurde und daß die Rechtsprechung sogar die Dezentralisierung teilweise wieder rückgängig gemacht hat, um den Geschäftsherrn des Großbetriebes nicht aus der Haftung entlassen zu müssen.

---

1) Mot. II, S. 735.

2) Eine gegenteilige Auffassung vertreten Erman § 832 Anm. 3b und Soergel-Siebert § 832 Anm. 9.

Zweiter Teil:

Korrektur der dezentralisierten Entlastung

1. Kapitel:

Haftungsverschärfung in § 831 BGB

A

Nach dem Gesetz trifft den Geschäftsherrn im Rahmen des § 831 nur eine Pflicht, seine Leute sorgfältig auszuwählen. Die Pflicht zur Leitung der Verrichtung nach § 831 Abs. I S. 2 (besondere Leitungspflicht) besteht, wie sich bereits aus dem Wortlaut dieser Vorschrift ergibt, nur unter besonderen, vom Verletzten zu beweisenden Umständen. In diesem Sinne hat auch das RG in seinem Erkenntnis vom 20. 11. 1902 ausgeführt[1]:

"Es beruht ferner ebenfalls auf einer Verkennung der Bedeutung des § 831, wenn das Berufungsgericht aufgrund dieser Gesetzesbestimmung (nämlich der besonderen Leitungspflicht des § 831 Abs. I S. 2) annimmt, daß die Beklagte zu einer Beaufsichtigung der Dienstverrichtungen des (Gehilfen) verpflichtet gewesen sei. Eine solche Beaufsichtigung wird in § 831 in keiner Weise gefordert; es wird neben einer diligentia in eligendo nicht auch eine solche in custodiendo statuiert." Nach Darlegung der Anforderungen an den Entlastungsbeweis fährt das RG fort: "Mehr zu beweisen ist er (der Geschäftsherr) nicht verpflichtet, und wenn auch soviel zugegeben werden kann, daß in der Verpflichtung zu einer sorgfältigen Auswahl auch die Verpflichtung enthalten ist, fortgesetzt zu erwägen, ob der zu dauernden Verrichtungen in früherer Zeit Bestellte auch gegenwärtig ... zu den Verrichtungen befähigt ist, daß daher der Geschäftsherr unter Umständen nach § 831 zu beweisen hat, daß jener die Befähigung auch zur Zeit der Schadenszufügung noch hatte, so kann doch in der Verpflichtung zur sogfältigen Auswahl nicht auch die Verpflichtung zu einer Beaufsichtigung gefunden werden."

Dieser Standpunkt, daß der Geschäftsherr nach § 831 nicht zu einer Aufsichtsführung angehalten sei, wurde vom RG in einer

---

1) RGZ 53, 53, 56.

Reihe von weiteren Entscheidungen aufrechterhalten[1]. Tatsächlich läßt auch der Wortlaut des § 831 keine derartige Kontrollpflicht erkennen, sondern für den Regelfall besteht eine Vermutung nur für ein Verschulden des Geschäftsherrn bei der Auswahl[2].

In diesem Zusammenhang ist bemerkenswert, daß § 711 Abs. I des ersten Entwurfs[3] noch ausdrücklich eine Überwachungspflicht vorsah. In den Beratungen des zweiten Entwurfs[4] entschied man sich jedoch dafür, eine Aufsichtsführung sei nur dort erforderlich, wo der Geschäftsherr bereits die besondere Leitungspflicht habe. Die Redaktionskommission hat jedoch in § 754 des zweiten Entwurfs diese bereits eingeschränkte Aufsichtspflicht vollends beiseite gelassen. Doch hat das RG ungeachtet dieser Tatsache neben der in § 831 Abs. I S. 2 angeführten besonderen Leitungspflicht eine sogenannte allgemeine Überwachungspflicht aus § 831 entwickelt. An der Rechtsfortbildung des RG fällt auf, daß eine gewisse Art der Führung des Entlastungsbeweises als vom Gesetz nicht gefordert abgelehnt wird, später aber, auf Umwegen dann doch verlangt wird. Das RG ist bei der Aufsichtspflicht dabei auf folgende Weise vorgegangen: es hat eine Perpetuierung der Auswahlpflicht vorgenommen und ist dadurch wenigstens bei Dienstverhältnissen von längerer Dauer zu einer Überwachungspflicht des Geschäftsherrn gelangt. Die Begründung läuft darauf hinaus, nur ein wohlbeaufsichtigtes Personal könne als ein wohl ausgewähltes gelten.

Den ersten Anstoß zu dieser Entwicklung lieferte bereits die eben zitierte Entscheidung des RG vom 20. 11. 02[5]. Während dort zunächst dargelegt wird, der Nachweis sorgfältiger Auswahl könne nicht dadurch erschüttert werden, daß der Gehilfe sich während seiner Dienstzeit als unzuverlässig erwiesen ha-

---

1) RGZ 53, 123, 125; 82, 206,218; RG JW 03, Nr. 20 und 21; 07, 674; WarnRspr. 08, Nr. 475; 11, Nr. 240.

2) Helm, ACP 166, 389 ff, 392 spricht in diesem Zusammenhang von einer "Kanalisierung der Vermutung" auf das Auswahlverschulden.

3) Zum Wortlaut dieser Bestimmung s. oben S. 18.

4) Prot. Bd. II, S. 589 f, 604.

5) RGZ 53, 53, 56.

be, führt das Gericht weiter unten[1] aus, der Geschäftsherr habe unter Umständen nach § 831 auch zu beweisen, daß die anfängliche Befähigung auch zur Zeit der Schadenszufügung noch vorhanden gewesen sei. Die Methode des RG ist ganz deutlich: zunächst wird eine Aufsichtspflicht aus § 831 verneint, und nachdem dann - was in anderem Zusammenhang noch näher darzustellen sein wird - der Weg einer Haftung über § 823 wegen Verletzung der daraus abgeleiteten allgemeinen Aufsichtspflicht angezeigt wird, wird gleichzeitig auch der Ansatz zu einer neuen Auslegung des § 831 gelegt. Diese wird dann auch in den folgenden Entscheidungen vorgenommen. Zunächst verlangt das RG, daß der Entlastungsbeweis sich immer auf die Zeit der schädigenden Handlung zu erstrecken habe[2] und fordert sodann zusätzlich den Nachweis, daß sich der Gehilfe während seiner ganzen Dienstzeit, also auch zwischen Einstellung und Schädigung, als zuverlässig erwiesen habe[3].

Von hier ist es nur noch ein kleiner Schritt bis zu jener bereits zitierten Entscheidung vom 14. 12. 1911, die auch für die Frage der allgemeinen Überwachungspflicht aus § 831 von grundlegender Bedeutung ist. Dort[4] wird wörtlich ausgeführt:

"Fallen die Einstellung des Angestellten ... und die schadenbringende Verrichtung zeitlich auseinander, so muß unter Umständen zu jenem ersten Beweis (dem dezentralisierten Entlastungsbeweis) der einer fortdauernden wachsamen Aufsicht über den Angestellten während dessen Dienstzeit hinzukommen. Denn in dieser Aufsicht betätigt sich die Sorgfalt in der Auswahl für die späteren dem Angestellten aufgetragenen Verrichtungen. Dieser weitere Beweis ist jedenfalls dann erforderlich, wenn der Verletzte den Nachweis führt, daß sich der Angestellte[5] ... im Verlauf der Dienstzeit als unzuverlässig erwiesen hat."

---

1) RGZ 53, 53, 57; in RG JW 09, 659, 660 ist noch ganz klar ausgesprochen, daß der Beweis sorgfältiger Aufsichtsführung nur zu erbringen ist, wenn der Verletzte seinerseits nachweist, daß der Geschäftsherr Kenntnis von der mangelnden Eignung hatte.

2) RG JW 06, 196, 197; 12, 194, 195; WarnRspr. 08, Nr. 51; 09, Nr. 356.

3) RG WarnRspr. 11, Nr. 30; JW 10, 287, 288.

4) RGZ 78, 107, 109.

5) Vgl. auch RGZ 79, 101, 106; RG WarnRspr. 12, Nr. 76.

Dezentralisierte Entlastung und Verschärfung der Anforderungen an eine Haftungsbefreiung stehen somit in Wechselwirkung zueinander[1]. Auch die weitere Entwicklung der Aufsichtspflicht des § 831 ist in dieser Entscheidung bereits vorgezeichnet und tatsächlich hat das RG in der Folge den Nachweis einer ausreichenden Überwachung des Gehilfen unabhängig davon gefordert, ob sich Anzeichen für dessen Unzuverlässigkeit ergeben haben[2]. Der Nachweis, daß der Gehilfe sich beständig ordnungswidrig verhalten habe, wird nunmehr als Gegenbeweis angesehen; wenn sich Bedenken gegen die Tauglichkeit hätten ergeben müssen, der Gehilfe aber dennoch mit der Verrichtung beauftragt worden ist, gilt der Nachweis ausreichender Aufsichtsführung als mißglückt[3]. Somit hat die Judikatur im Wege richterlicher Rechtsfortbildung die Beschränkung der Vermutung in § 831 auf das Auswahlverschulden aufgehoben und eine Aufsichtspflicht des Geschäftsherrn begründet. Der BGH hat die Rechtsprechung des RG unverändert fortgeführt.

Bei der Vielfalt der Lebensverhältnisse ist es zuweilen schwierig, diese allgemeine Aufsichtspflicht des § 831 von der besonderen Leitungspflicht zu trennen, die im Gesetz in § 831 Abs. I S. 2 besonders aufgeführt ist. Während die besondere Leitungspflicht sich nach Art und Gefährlichkeit der übertragenen Tätigkeit richtet, bestimmen sich die Voraussetzungen der allgemeinen Aufsichtspflicht des § 831 von der Person des Gehilfen her. Je nach Lage des Falles ist auch ein Zusammentreffen dieser Obliegenheiten untereinander oder mit der allgemeinen Überwachungspflicht aus § 823 möglich[4].

---

1) So auch Löning, S. 53.

2) RGZ 87, 1, 4; 120, 154, 161; 142, 356, 361; RG JW 28, 1046, 1047; 30, 2927, 2930 und 3213; 31, 3542, 3543; 33, 830, 831; 35, 3540; 37, 1964, 1965; WarnRspr. 15, Nr. 93; 20, Nr. 30; sehr eingehend: RG JW 20, 492.

3) RG JW 20, 492; WarnRspr. 12, Nr. 76.

4) Zusammentreffen der besonderen Leitungspflicht mit der allgemeinen Überwachungspflicht aus § 823: RGZ 53, 53, 56 und 276, 281; sehr ausführlich: OLG Nürnberg VersR 56, 557 ff. Zusammentreffen der allgemeinen Überwachungspflicht des § 831 mit der aus § 823: RGZ 120, 154, 161; 128, 149, 153; 142, 356, 361; BGH LM Nr. 6 zu § 831 (Fc).

Die Wahrnehmung der Aufsichtspflicht äußert sich in einer ausreichenden Kontrolle der Angestellten, etwa in Form von unvermuteten Stichproben. Die Anforderungen an die Intensität der Überwachung schwanken; besonders groß sind sie bei Kraftfahrzeugführern[1], dürfen jedoch auch hier nicht überspannt werden[2].

Außer einer Überwachungspflicht hat die Rechtsprechung aus § 831 auch eine Belehrungspflicht abgeleitet. Sie entsteht dann, wenn der Gehilfe besonders schwierige Verrichtungen auszuführen hat[3]. Auf welcher gesetzlichen Grundlage diese Belehrungspflicht beruhen soll, läßt sich aus der Judikatur nicht eindeutig ermitteln; eine Begründung dafür ist jedenfalls nirgendwo zu finden. Zunächst scheint das RG die Belehrungspflicht als Bestandteil der allgemeinen Überwachungspflicht des § 823 angesehen zu haben. Denn in dem Urteil vom 17. 3. 1910[4] steht, die Unterlassung einer entsprechenden Anleitung und Anweisung des Gehilfen habe nichts mit dessen Auswahl zu tun, sondern falle unter § 823. In dem Erkenntnis vom 13. 5. 1911[5] wird jedoch ausgeführt, sobald dem Geschäftsherrn, auch wenn er bei der Einstellung seine Leute sorgfältig ausgewählt habe, Pflichtwidrigkeiten eines Gehilfen zu Gehör kämen, habe er diesen zu unterweisen und sonstige Sorgfaltsmaßregeln anzuwenden. Die Be-

---

1) BGH VersR 53, 117; 55, 745; 58, 29, 30; 65, 290, 291 und 473, 474; KG VRS 31, 175, 176; sehr eingehend: BGH VersR 57, 463. Vgl. auch den Aufsatz von Rohde in VersR 61, 297 ff.

2) BGH VersR 55, 746, 747; 60, 473, 474 und 1049, 1051; LM Nr.8 zu § 831 (Fc); VRS 18, 241.

3) BGHZ 8, 243, 245: Blutprobe bei Syphilitiker; BGHZ 24, 200, 214: Zeitschriftenredaktion; BGH VRS 20, 410: Transport von Eisenträgern; BGH VersR 64, 241, 243: Unfallverhütungsvorschriften; BGH LM Nr. 6 zu § 831 (Fc): Schädlingsbekämpfungsmittel; BGH NJW 66, 399, 402: Kropfoperation; BGH VersR 53, 117 und BGH VRS 18,241: Kraftfahrer; RG GruchBeitr. 63, 750, 754: Fahrstuhlführer; RG JW 31, 2236, 2237: Bauunternehmer; OLG Frankfurt VersR 64, 1252, 1253: Straßenbauarbeiten.

4) RG WarnRspr. 10, Nr. 204.

5) RG JW 11, 652.

gründung scheint also darauf hinauszulaufen, daß der Geschäftsherr in Ausübung seiner ständigen Auswahlpflicht auch Belehrungen zu erteilen habe. In einem anderen Urteil[1] führt das RG aus, die Einstellung eines höheren Angestellten ohne gleichzeitige Unterweisung, die wiederum dessen Anstellungsbefugnis regle, sei nicht mit der erforderlichen Sorgfalt erfolgt. Somit scheint auch das Erfordernis ausreichender Anweisung und Belehrung glücklich auf die Auswahlpflicht des § 831 zurückgeführt.

In Wahrheit handelt es sich jedoch auch hier, wie bei der Überwachungspflicht aus § 831, um eine außerhalb der ursprünglichen Zielrichtung des Gesetzes liegende richterliche Rechtsfortbildung. Möglicherweise bestehen auch Einflüsse von der besonderen Leitungspflicht des § 831 her. Auch hier sind die Grenzen oft fließend und vielfach ist es nicht klar ersichtlich, ob die Obergerichte im einzelnen die Anweisungspflicht mehr der allgemeinen Überwachungspflicht oder der besonderen Leitungspflicht entnehmen[2]. Jedenfalls hat aber diese Belehrungspflicht in der Rechtsprechung ihren gefestigten Platz unter den Obliegenheiten des Geschäftsherrn.

Wie Helm[3] überzeugend nachgewiesen hat, übersteigt in der Rechtsprechung des BGH die Zahl der Verurteilungen wegen nicht ausgeräumter Vermutung eines Überwachungsverschuldens bei weitem die Zahl der Verurteilungen wegen mißglückten Nachweises der sorgfältigen Auswahl. Bedenkt man, daß eigentlich die allgemeine Überwachungspflicht im Wortlaut des § 831 eine nur unzureichende Stütze findet - der Tatsache, daß diese Pflicht aus der im Gesetz erwähnten Auswahlpflicht abgeleitet worden ist, wird man sich heute kaum mehr bewußt - so ist diese Rechtsfortbildung sicherlich bemerkenswert. Im Ergebnis ist sie zu begrüßen, da sie den Erfordernissen des täglichen Lebens Rechnung trägt. Denn es entspricht eher einer modernen Betriebsführung, die Tätigkeit der Angestellten zu beaufsichtigen und

---

1) RG LZ 14, 1718, 1719.
2) BGH VersR 64, 241, 243; 65, 183, 185.
3) ACP 166, 389 ff, 394.

zu kontrollieren, als in dem zeitlich vor der Einstellung liegenden Privatleben der Bediensteten umherzuforschen und Auskünfte von früheren Arbeitgebern einzuholen, vor allem da diese in der Praxis nur ungern erteilt werden und, mit Rücksicht auf eine mögliche Schadensersatzklage des Arbeitnehmers, selten eine mangelhafte Eignung tadelnd erwähnen werden; letzteres gilt vorallem bei der Erteilung von Zeugnissen[1].
Zwar ist die allgemeine Überwachungs- und Unterweisungspflicht des § 831, soweit sie besteht, mit der aus § 823 abgeleiteten praktisch identisch - oder besser gesagt: die Rechtsprechung hält beide nicht genau auseinander -, jedoch wirkt sich die Beweislastumkehr in § 831 vorteilhaft für den Verletzten aus. Denn gerade bei größeren Betrieben kann ihm kaum jemals der Nachweis gelingen, daß ein Mangel in der Aufsichtsführung vorgelegen habe.
Auch die im Gesetz erwähnte Sorgfaltspflicht bei der Beschaffung der Gerätschaften hat im Laufe der Zeit eine Ausdehnung und Spezifizierung erfahren[2]. Die Rechtsprechung neigt zu einer extensiven Gesetzesinterpretation. Sehr weit gehend hat das RG z.B. die Gleisanlagen der Eisenbahn als Gerätschaften angesehen[3]. In einer anderen Entscheidung hatte das RG die Anbringung eines Schutzdaches vermißt und dieses als Gerätschaft klassifiziert, die zu beschaffen der Geschäftsherr versäumt habe[4]. Gerade in dieser Richtung, der Bereitstellung von geeignetem und ausreichendem Material zur Verkehrssicherung besteht noch ein weites, bisher nicht ausgeschöpftes Anwendungsgebiet für die Rechtsprechung. Helm[5] fordert sogar, daß ebenso wie die beschäftigten Hilfspersonen auch die bereitgestellten Gerätschaften ständig überwacht werden sollten.

---

1) Soergel-Siebert § 823 Anm. 455; gegen einen Anspruch wegen falscher Zeugniserteilung: v. Caemmerer, S. 97.

2) RG WarnRspr. 16, Nr. 165: Seile zum Aufstellen einer Windmühle; RG WarnRspr. 19, Nr. 36: Führwerk; Kraftfahrzeuge: RG JW 31, 862, 863; BGH VRS 5, 85, 86; BGH VersR 53, 117; 65, 473; 66, 564; LM Nr. 1 zu § 831 (Fb).

3) RG Recht 14, Nr. 2073.

4) RG WarnRspr. 16, Nr. 304.

5) ACP 166, 389 ff, 395.

B

Mit derselben Argumentation wie bei der Auswahlpflicht hat das RG im Großbetrieb auch bei den neu entwickelten Überwachungs- und Belehrungspflichten eine dezentralisierte Entlastung zugelassen [1]. Die Leitung der Großunternehmung kann sich mit Hinweis darauf, sie habe die Kontrollfunktionen einem sorgfältig ausgewählten Angestellten übertragen, von dem Vorwurf der Verletzung eben dieser Pflichten zur praktischen Aufsichtsführung befreien. Die bereits mehrfach zitierte Entscheidung des RG vom 14.12.1911 [2] ist insoweit ebenfalls richtungweisend. Allerdings hat das RG auch hier gleichzeitig die Dezentralisierung der Entlastung wieder teilweise rückgängig gemacht, indem es den Nachweis einer weiteren Aufsichtsführung und Kontrolle in Form von allgemeinen Aufsichtsanordnungen forderte, die als organisatorische Maßnahmen vom Geschäftsherrn selbst zu treffen sind und nicht von einem Angestellten erlassen werden können. Wohlgemerkt handelt es sich dabei um eine Organisationspflicht, die die Erfüllung der aus § 831 fließenden Obliegenheiten zum Gegenstand hat: sie ist auf die Schaffung und Erhaltung eines qualifizierten Personals gerichtet und könnte daher als personelle Organisationspflicht bezeichnet werden [3]. Demgegenüber haben die betriebliche und körperschaftliche Organisationspflicht die Durchführung der allgemeinen Sicherungseinrichtungen nach § 823 Abs. I zum Gegenstand [4]. Zwar werden die nach § 831 und die nach § 823 einzurichtenden Or-

---

1) RGZ 78, 107, 109; 87, 1, 3; RG JW 11, 982; vgl. auch BGHZ 4, 1, 3; BGH VersR 64, 297.

2) RGZ 78, 107, 109.

3) RGZ 78, 107, 109; RG JW 13, 919, 920; BGHZ 4, 1, 3; 32, 53, 59; OLG München DR 41, 274, 275: diese Organisation muß von der der Behördeneinrichtung verschieden sein. - Daß diese Organisation von der nach § 823 einzurichtenden verschieden ist wird in der Literatur durchweg nicht gesehen; eine Ausnahme ist Helm, ACP 166, 389 ff, 396.

4) Die Verletzungen von Verkehrssicherungspflichten stellen nur einen, wenn auch überwiegenden Teil aller möglichen zum Schadensersatz verpflichtenden Gehilfenhandlungen dar.

Organisationen ihrem Aufbau nach in der Praxis weitgehend identisch sein, jedoch ist aus systematischen Gründen eine Unterscheidung geboten, da den Nachweis einer nach § 831 einzurichtenden Organisation wegen der Beweislastumkehr der Unternehmer zu führen hat[1]. Allerdings ist die Rechtsprechung zumeist sehr undeutlich und unterscheidet die verschiedenen Organisationspflichten oftmals nur unzureichend[2].

Die personelle Organisationspflicht hat in zweierlei Richtung zu wirken. Sie soll einerseits sicherstellen, daß Auswahl- und aus § 831 fließende Überwachungspflicht ordnungsgemäß wahrgenommen werden; andererseits soll sie auch Informationen über das Verhalten der Angestellten sowie etwaige Mängel der Hilfsmittel zur Unternehmensleitung bringen. Die nach § 831 einzurichtende Organisation läßt sich dementsprechend in ein Anweisungs- und Kontrollsystem und in ein Informationssystem einteilen.

Das Anweisungs- und Kontrollsystem besteht aus Einrichtungen und Anordnungen, nach denen die höheren Angestellten in dem ihnen zugewiesenen Wirkungskreis bei Auswahl und Überwachung der niederen Angestellten zu verfahren haben. Denn, so sagt die Rechtsprechung, erst dadurch werden die höheren Angestellten, die sonst nach eigenem Willen schalten und walten könnten und ihrem eigenen Tun überlassen wären, zu sorgfältig ausgewählten Zwischenkontrollinstanzen, daß sie an die Betriebseinrichtungen des Geschäftsherrn gebunden werden und die zur Betriebsführung erlassenen Anordnungen zu befolgen haben. "Diese Anordnungen zu treffen, ist regelmäßig Aufgabe des Geschäftsherrn und soweit sie hier in Frage kommen, hat also die Beklagte (die Unternehmung) den Sorgfaltsbeweis auch auf diese eige-

---

1) Der Unterschied in der Beweislastregelung ist aber durch den prima-facie-Beweis abgeschwächt, der gerade bei der Haftung für unter § 823 fallende Organisationsmängel sich ein weites Feld erobert hat. Vgl. hierzu unten S. 72 ff. sowie oben S. 22 Fußn. 2).

2) Löning, S. 55; eine nicht gerade glückliche Darstellung dieser drei von unterschiedlichen Voraussetzungen ausgehenden Organisationspflichten findet sich in der Entscheidung RG JW 38, 1651, 1652.

ne Tätigkeit zu erstrecken."[1] Also wird auch ein Organisationsmangel auf einen Mangel in der Auswahl zurückgeführt. Im Grunde handelt es sich hier auch wieder um eine selbständige Pflicht, die sich am ehesten auf die Überwachungspflicht zurückführen läßt und einen nicht übertragbaren Teil davon darstellt. Der Geschäftsherr hat sich durch Stichproben von Zeit zu Zeit selbst davon zu überzeugen, daß das Anweisungs- und Kontrollsystem seinen Dienst reibungslos erfüllt[2].
Das Informationssystem[3] - im betrieblichen Aufbau wird es sich bei der Weiterleitung von Anweisungen einerseits und Informationen andererseits um die gleichen Kommunikationswege handeln, die lediglich in entgegengesetzter Richtung verlaufen - dient dazu, etwaige Unzuverlässigkeiten der einzelnen Angestellten der Führungsspitze bekanntzugeben.
Der Zweck der Einführung dieser nicht abwälzbaren Pflichten ist klar erkennbar. Die Auswirkung der dezentralisierten Entlastung, daß der Unternehmer oder die juristische Person sich der Haftung entziehen kann, soll eingedämmt werden. Das führte zunächst zur Suche nach einer Ausgleichsmöglichkeit, die in einer Ausdehnung der Sorgfaltspflichten bestand. Da das RG den dezentralisierten Entlastungsbeweis eingeführt hatte, mußte es ihn auch auf den erweiterten Katalog von Sorgfaltspflichten erstrecken. Zum Ausgleich dafür entwickelte es eine Pflicht zur Oberaufsicht und Organisation, die Angelegenheit des Geschäftsherrn selbst ist, und die er nicht übertragen kann. Bei juristischen Personen muß immer ein verfassungsmäßiger Vertreter für die Durchführung dieser Aufgaben verantwortlich sein, da für diesen dann nach §§ 31, 831 gehaftet wird[4].

---

1) RG WarnRspr. 13, Nr. 364; vgl. auch JW 14, 759, 760; BGH LM Nr. 5 a zu § 831 (Fa); RG HRR 32, Nr. 1574.

2) RG JW 39, 560; Recht 14, Nr. 2446; 15, Nr. 1331; BGH VersR 64, 297; BGH VRS 18, 170, 174.

3) Recht deutlich RG 78, 107, 110; sonst ist das Informationssystem in der Rspr. nur schwach ausgeprägt.

4) RGZ 78, 107, 109; 89, 136, 137; RG WarnRspr. 13, Nr. 364; JW38, 1651, 1652.

Bereits durch die Entwicklung der personellen Organisationspflicht zeigte die Rechtsprechung, daß die von ihr ins Leben gerufene dezentralisierte Entlastung beim Großbetrieb den Erfordernissen eines praktikablen Haftungssystems nicht entspricht, und widerlegt sich insoweit selbst.
Aber auch gegen die Konstruktion als solche erheben sich Bedenken. Warum sollte eigentlich der Inhaber eines Unternehmens nicht die gesamte Betriebsführung einem tüchtigen Geschäftsführer überlassen können? Die Fragwürdigkeit der von der Rechtsprechung aufgestellten These von der Unübertragbarkeit gewisser Restfunktionen personeller Kontrolle wird an zwei Beispielen deutlich:

In einem noch vom RG entschiedenen Fall[1] hatte die Inhaberin eines Zeitungsverlages die Betriebsführung ihrem Neffen als Prokuristen übertragen. Das RG hat dem Verletzten, der infolge eines mangelhaft gestreuten Weges zu Fall gekommen war, einen Schadensersatzanspruch zugebilligt mit der Begründung, die Oberaufsicht über den Betrieb dürfe nicht restlos auf einen Dritten übertragen werden. Falls das geschehe, entfalle jede Entlastungsmöglichkeit. Indessen ist durchaus nicht einzusehen, inwiefern die Inhaberin schuldhaft gehandelt haben soll, wenn sie die Oberaufsicht über das Streuen ihrem Prokuristen überließ.

In einem vom BGH entschiedenen Fall[2] hatte die verwitwete Inhaberin eines Abbruchunternehmens die Leitung des Geschäfts ihrem Schwiegersohn als Geschäftsführer überlassen. Der BGH hat deshalb den Entlastungsbeweis nicht als geführt angesehen. Wahrscheinlich verstand jedoch der Schwiegersohn mehr von der Beaufsichtigung von Kraftfahrern (der Entscheidung lag ein LKW-Unfall zugrunde), als die Inhaberin des Unternehmens.

Besonders weil die Rechtsprechung verlangt, das in § 831 vermutete Verschulden müsse auch möglich und denkbar sein, sind diese Urteile inkonsequent. Denn es wäre in Wirklichkeit in viel größerem Maße schuldhaft, wenn ein nicht sachverständiger Unternehmer alle Geschäfte selbst erledigen wollte. Die Rechtsprechung würde in einem solchen Fall ohne Zögern eine Haftung nach § 823 bejahen.
Auch aus dem Gesetz läßt sich eine Begründung für diese These von der Unübertragbarkeit nicht ableiten. Jedenfalls ist aus

---

1) RGZ 113, 293, 297.
2) BGH VersR 64, 297.

dem § 831 Abs. II, der die Haftung bei einer Übertragung der den Geschäftsherrn treffenden Pflichten regelt, in keiner Weise zu erkennen, daß ein Teil dieser Obliegenheiten unübertragbar sein soll. Vielmehr spricht gerade die uneingeschränkte Verweisung auf Abs. I S. 2 dieser Bestimmung für das Gegenteil. Es soll hier nicht bestritten werden, daß im Einzelfall die gänzliche Übertragung der Unternehmensführung auch schuldhaft sein kann, und die Gerichte tun recht daran, wenn sie bestrebt sind, für den Regelfall den Unternehmer daran zu hindern, alle seine Pflichten auf Dritte abzuwälzen. Aber es braucht hierin nicht notwendig ein für einen späteren Schaden ursächliches Tun zu liegen und gerade diese Möglichkeit rechtfertigt es nicht, den Entlastungsbeweis vollkommen abzuschneiden. Die These von der Unübertragbarkeit gewisser restlicher Überwachungsfunktionen ist aber für die Konstruktion der personellen - und wie später noch gezeigt wird - auch der betrieblichen Organisationspflicht unerläßliche Voraussetzung. Nur wenn sie Gültigkeit hat, kann der Unternehmer des Großbetriebes haftbar gemacht werden, solange die Judikatur am dezentralisierten Entlastungsbeweis festhält.

2. Kapitel

Umgehungskonstruktionen

A

Trotz der Erweiterung des Pflichtenkatalogs in § 831 und der Einführung der personellen Organisationspflicht, die jedoch niemals große Bedeutung erlangt hat, konnte die Rechtsprechung, vor allem für die Verhältnisse des Großbetriebs, das Problem einer Gehilfenhaftung, die den sozialen Bedürfnissen in billiger Weise entsprochen hätte, nicht lösen. Die Judikatur hat sich deshalb nach einem Ausweg umgesehen und diesen auch in einer Reihe von Hilfskonstruktionen gefunden. Diesen ist allen gemeinsam, daß sie die in § 831 eröffnete Entlastungsmöglichkeit ausschalten und zu einer unbedingten Einstandspflicht des Geschäftsherrn, teils für dessen eigenes Verschulden, teils über andere Zurechnungsnormen für fremdes Verschulden führen.

I

Aus zweierlei Gründen wird hier zunächst die Haftung aus § 823, insbesondere die wegen eines betrieblichen oder körperschaftlichen Organisationsmangels untersucht werden. Denn einerseits ist diese Haftung historisch betrachtet, zuerst von der Rechtsprechung ausgestaltet worden. Das hat seinen Grund darin, daß die Mehrzahl aller Fälle von Verschulden der Hilfspersonen, die nach dem Gerechtigkeitsempfinden zum Haftpflichtrisiko des Geschäftsherrn zugerechnet werden sollten, Fälle von Verletzung der aus § 823 entwickelten Verkehrspflichten sind. Aus diesem Grunde bot sich auch zu allererst das System der Verkehrspflichten zur Suche nach einer Ausschaltung des § 831 an. Zweitens besteht zwischen der Haftung wegen Organisationsmängeln und der soeben betrachteten Ausformung der Exculpationsmöglichkeit des § 831 eine gegenseitige Wechselwirkung, die geradezu nach einer Gegenüberstellung verlangt.
Sowohl die betriebliche wie auch die körperschaftliche Organisationspflicht wurzeln in der allgemeinen Verkehrspflicht, de-

ren Verletzung zu einer Haftung nach § 823 Abs. I führt. Darum sollen kurz die hauptsächlichen Merkmale dieser Verkehrspflichten dargestellt werden.

1) Daß es notwendig war, einen fast unübersehbaren Katalog solcher Sorgfaltspflichten aufzustellen, liegt an dem Deliktssystem unseres bürgerlichen Rechts. Da die Schädigungen von Eigentum, Leib und Leben Dritter in der Mehrzahl aller Fälle durch das Unterlassen[1] von Sicherungsvorkehrungen verursacht werden, andererseits nach unserer Zivilrechtslehre ein schadenstiftendes Unterlassen nur rechtswidrig[2] ist, wenn ein Gebot den Täter zur Verhinderung des schädlichen Erfolges verpflichtet, tritt eine Haftung für den Schaden nur ein, wenn ein derartiger Pflichtverstoß vorliegt. Historisch betrachtet entwickelte die Rechtsprechung derartige Verkehrspflichten zunächst im Zusammenhang mit Grundstücken und deren Einrichtungen[3]. Später wurde diese Rechtspflicht, Gefahren für Dritte zu vermeiden, auch auf andere Lebensbereiche ausgedehnt. In Analogie zu den Garantenstellungen des Strafrechts können sich derartige Sicherungspflichten auch aus Beruf, vertraglicher Übernahme oder vorangegangenem Tun ergeben, wobei diese Aufzählung nicht er-

---

1) v. Caemmerer, S. 74 weist darauf hin, daß in zahlreichen Fällen durch eine Zurückverlagerung der Betrachtung ein Unterlassen in ein positives Tun verwandelt werden kann. Jedoch hilft dieses Mittel nicht in allen Fällen: wenn z.B. der zur Wegereinigung Verpflichtete den Schnee nicht beseitigt, so handelt es sich um ein schlichtes Unterlassen. Vgl. hierzu auch Simitis, S. 52 ff.

2) Die bürgerliche Rechtslehre zählt die Rechtspflicht zur Erfolgsverhinderung zu den Rechtswidrigkeitsmerkmalen; vgl. Enn.-L. § 234/II 2 (S. 945); Larenz § 66/I f (S. 431); Esser § 201/5 a (S. 840) und § 204/1 c (S. 868); a.A. Fikentscher § 103/III 1 c (S. 572). Im Strafrecht ist es umstritten, ob die Erfolgsabwendungspflicht Merkmal des Tatbestandes oder der Rechtswidrigkeit (so die heute h. L.) ist; vgl. zum Streitstand Maurach, Deutsches Strafrecht, allgemeiner Teil (3. Aufl. 1965) § 45/I D 2 (S. 496) und § 46/III A 3 (S. 508 ff).

3) RGZ 54, 53 ff; einen geschichtlichen Überblick enthält BGHZ 9, 373, 379.

schöpfend ist[1]. Die Verkehrspflichten sind in ihrer Vielgestaltigkeit praktisch nicht mehr überschaubar und lassen sich, auch zu Gruppen zusammengestellt, kaum in ein Schema einordnen[2]. Das hat der Rechtsprechung den Vorwurf der uferlosen Rechtsfortbildung sowie der fehlenden Methodik und Selbstkontrolle eingetragen[3].

a) Tatsächlich ist eine ganz befriedigende Herleitung dieser Pflichten nicht erfolgt. In der Entscheidung vom 23. 2. 1903[4], die grundlegende Bedeutung hat, versuchte das RG nachzuweisen, daß eine derartige Haftung bereits im gemeinen Recht bestanden habe. Indessen hat bereits Hofacker[5] gezeigt, daß die Entscheidung des Oberappellationsgerichts Lübeck vom 18. 2. 1871[6] die vom RG angeführten Gründe nicht zu tragen vermag. Der BGH[7] hat zur Begründung den Versuch einer Analogie zu § 836 unternommen. Mag schon zweifelhaft sein, ob diese Analogie die Straßenverkehrssicherungspflicht zu begründen vermag, so reicht dieser Schluß keinesfalls aus, um die Sicherungspflichten auf anderen Gebieten des wirtschaftlichen Verkehrs zu rechtfertigen. Der BGH ist deswegen auch alsbald wieder von dieser Begründung abgegangen und hat sich damit begnügt, den allgemeinen Rechtssatz aufzustellen, daß jedermann für diejenigen Gefahren einzustehen habe, die seinem Verantwortungsbereich ent-

---

1) Nähere Einzelheiten bei Esser § 204 (S. 866 ff); Enn.-L. § 234/II (S. 945 ff); Forsthoff § 20/1 (S. 368 ff); Erman § 823 Anm. 8 d und 9; RGRK § 823 Anm. 45 - 80; Soergel-Siebert § 823 Anm. 70 - 73 und 148 - 456. Außerdem Hofacker, Die Verkehrssicherungspflicht; hierzu Stoll ACP 135, 119; Jahn, JR 65, 247 ff; Gernhuber, Karlsruher Forum 1963, S. 1.

2) Esser § 204/2 (S. 868) unternimmt z.B. eine Gruppierung nach den Gesichtspunkten: Verkehrseröffnung, Sachherrschaft und Ausübung einer gefährlichen Tätigkeit.

3) Esser § 204/1 (S. 866).

4) RGZ 54, 53 ff; vgl. auch schon RGZ 52, 373, 376 ff.

5) Hofacker, S. 8; ders. BayVBl. 31, 366.

6) SeuffA. 25 (1872), Nr. 128.

7) BGHZ 9, 373, 387.

stammen[1]. Richtig bemerkt v. Caemmerer[2], daß hier eine Lücke im Deliktsystem des BGB besteht, die die Rechtsprechung durch die Aufstellung von Sorgfaltspflichten geschlossen hat. Zwischen der Verkehrssicherungspflicht und den sonstigen Erfolgsabwendungspflichten bei Unterlassungsdelikten besteht ein zumindest gradueller Unterschied. Denn Kennzeichen einer Erfolgsabwendungspflicht ist normalerweise, daß bereits eine Verbindung zu dem zu schützenden Rechtsgut hergestellt ist und damit auch der mögliche Kausalverlauf hinsichtlich des Rechtsgutsträgers vorhersehbar ist: wenn ein Kindermädchen vertraglich die Aufgabe übernimmt, für das leibliche Wohl eines Kindes zu sorgen, so ist damit die Individualität des zu schützenden Rechtsgutes festgelegt. Die Kinderpflegerin hat eben die Pflicht, das eine bestimmte Kind vor Schäden zu bewahren[3]. Die Tatbestandsmäßigkeit der Sicherungspflichtverletzung erschöpft sich aber bereits in der Herbeiführung oder Nichtbeseitigung eines gefahrdrohenden Zustandes[4]. Sofern sich die vom Schädiger geschaffene oder schuldhaft aufrechterhaltene Gefahrenlage, "einem natürlichen Geschehensablauf folgend, schädlich auf andere Menschen auswirkt"[5], wird der Schadenserfolg objektiv zur Sorgfaltspflichtverletzung zugerechnet, sofern nur nach Lage der Dinge mit Schäden allgemein gerechnet werden mußte[6]. An die Vorhersehbarkeit des zum Schaden führenden Kausalverlaufs werden also geringere Anforderungen gestellt, als bei der Verletzung einer Erfolgsabwendungspflicht.

---

1) BGHZ 14, 83, 85; 16, 95, 96; 21, 48, 50; 27, 278, 281; 36, 237, 243; 37, 166, 168; BGH FamRZ 65, 607, 608; VersR 66, 1088; 68, 72, 74. Vgl. auch Larenz § 66/I f (S. 432); Kleinewefers, VersR 65, 397; Jahn, JR 65, 247.

2) v. Caemmerer, S. 71.

3) Eine allgemeine Pflicht, Dritte vor Schäden zu bewahren, besteht grundsätzlich nicht; vgl. Enn.-L. § 15/III 9 (S. 75) sowie Larenz § 66/I f (S. 432) mit einem lehrreichen Beispiel.

4) S. unten S. 44 Fußn. 1).

5) Wussow, Systematik, S. 43.

6) BGH NJW 53, 541, 542; RGZ 69, 340, 344; 136, 4,10; 148, 154, 165.

Damit behandelt die Judikatur der Sache nach die Verkehrspflichtverletzungen ebenso wie die Schutzgesetzverletzungen nach § 823 Abs. II[1]. Bei den sonstigen Fahrlässigkeitsdelikten schreitet der vom Täter einmal in Bewegung gesetzte Kausalverlauf unmittelbar weiter fort bis zum Erfolg. Anders bei der Verletzung der Verkehrspflichten. Hier wird lediglich eine Gefahrenquelle geschaffen oder nicht beseitigt[2]. Hinzu kommt, daß sich ein Dritter bewußt oder unbewußt und teilweise sogar selbst schuldhaft[3] in den Bereich dieser Gefahrenquelle begibt. Oder anders ausgedrückt: während die unmittelbare Rechtsgutsverletzung des § 823 Abs. I - vom Blickpunkt eines angenommenen Beobachters aus, für den die Ereignisse vollkommen transparent sind - direkt auf das geschützte Rechtsgut zielt, wirkt die Verkehrspflichtsverletzung oftmals wie eine Falle, in die das Opfer erst durch eigenes Verhalten hineingerät.

Weiter noch besteht eine Parallele zur Gefährdungshaftung darin, daß Zurechnungsgrund die schuldhafte Schaffung oder Nichtbeseitigung einer Gefahrenquelle ist[4]. Während jedoch der Gesetzgeber bei der Gefährdungshaftung vermutet (oder aus Erfahrung weiß), daß sich die durch die Anlage oder Einrichtung geschaffene Gefahr nicht beseitigen läßt, handelt es sich bei der Haftung für Sicherungspflichtverletzungen um ein Einstehenmüssen für Gefahren, die sich weitgehend durch geeignete Vor-

---

1) v. Caemmerer, S. 76; ders. Karlsruher Forum 1961, S. 19, 22; Stoll, ACP 162, 203 ff, 234; Deutsch, JuS 67, 152, 157; ebenso wohl auch W. Wussow, Unfallhaftpflichtrecht § 823 Anm. 21 b. An sich ist diese Gleichstellung insofern nicht ungerechtfertigt, als die meisten Schutzgesetze wiederum Fälle von Verkehrspflichten sind; vgl. v. Caemmerer, S. 73 und 132. - Gleichwohl gewährt die Rspr. Ersatz eines reinen Vermögensschadens nur, wenn gleichzeitig ein Schutzgesetz verletzt ist.

2) Die Gefahrenquelle besteht oftmals schon längere Zeit vor dem Schadenseintritt.

3) Deshalb beschäftigen sich die Gerichte häufig mit Fragen des Mitverschuldens.

4) Rother, S. 75 Anm. 4; Rinck, S. 16; Esser, Gefährdungshaftung, S. 102.

kehrungen beseitigen lassen. Wer eine Baugrube aushebt, eine Treppe unterhält oder gefährliche Stoffe in den Verkehr bringt, schafft damit eine Gefahrenlage; die Rechtsprechung erlegt ihm deshalb die Pflicht auf, vorbeugend die nötigen Sicherungsvorkehrungen zu treffen, um dadurch die Gefahr auf ein zumutbares Maß zu reduzieren. Daß sich die Gefährlichkeit oft nicht vollkommen beseitigen läßt bzw. dazu ein unverhältnismäßig hoher Aufwand nötig wäre, hat die Judikatur insoweit anerkannt, als sie nur zumutbare[1] Vorkehrungen verlangt und andererseits, wie das insbesondere bei der Streupflicht der Fall ist, berücksichtigt, daß sich die Gefahr oftmals doch nicht restlos beseitigen läßt[2].

Den verschiedenen Arten und Formen von Verkehrspflichten kann hier nicht nachgegangen werden; insoweit darf auf die zahlreichen ausführlichen Darstellungen verwiesen werden[3]. Indessen ist für den hier behandelten Themenkreis von Bedeutung, worin im einzelnen eine schuldhafte Verletzung der Verkehrspflichten bestehen kann.

---

1) Vgl. BGHZ 44, 103, 106; BGH VersR 66, 290. - Auch diese Tatsache spricht wohl dafür, daß die Verkehrssicherungspflicht, verglichen mit den sonstigen Erfolgsabwendungspflichten, eine gewisse Sonderstellung einnimmt. Denn z.B. bei den strafrechtlichen Erfolgsabwendungspflichten ist der Einwand der Unzumutbarkeit ebenfalls bekannt, jedoch beseitigt er dort die Pflicht zum Tätigwerden ganz, während die zivilrechtliche Verkehrssicherungspflicht nicht entfällt, sondern auf die Abwendung der Gefährlichkeit in zumutbarem Maße gerichtet ist, was natürlich im Einzelfall ebenfalls zu einer völligen Untätigkeit berechtigen kann; der grundsätzliche Unterschied scheint aber immerhin erwähnenswert.

2) BGH VersR 54, 424: auch ein ordnungsgemäß gestreuter Weg bietet nicht dieselbe Sicherheit wie eine sommerlich trockene Straße. - Auch ist etwa eine offene Baugrube, selbst wenn sie ordnungsgemäß abgesperrt und beleuchtet ist, gefährlicher als die ebene Erdoberfläche.

3) Vgl. die Fußn. 1) auf S.41 zitierte Literatur, sowie Geigel, S. 243 ff.

b) Wie Wussow[1] hervorgehoben hat, handelt es sich bei der Verkehrssicherungspflicht eigentlich um eine doppelte Verpflichtung, nämlich um die Pflicht, eine Gefahrenquelle als solche zu erkennen, und sodann um die Pflicht, das zur Abwendung der Gefahr Erforderliche zu veranlassen. Zwar hat der Gesetzgeber den Inhalt der Sorgfaltspflichten in einigen Fällen normiert, etwa in den Vorschriften der StVO. Für die Mehrzahl der Vorkommnisse des täglichen Lebens besteht aber eine Konkretisierung derartiger Pflichten nicht[2]. Vielmehr hat der einzelne seine Geisteskräfte anzuspannen und zu überlegen, ob eine seiner Handlungen oder eine ihm gehörende Sache nicht möglicherweise einen Dritten zu Schaden kommen läßt. Sofern er die möglichen Gefahrenquellen erkannt hat, ist er verpflichtet, zu prüfen, welche geeigneten Mittel er anwenden muß, um den Erfolg zu vermeiden. Die Gefahrabwendung vollzieht sich demnach in zwei Stufen und ebenso kann auch ein haftungsbegründendes Verschulden in zweierlei Richtung vorhanden sein: nämlich als schuldhafte Nichterkenntnis der Gefahrensituation sowie als schuldhaft ungeeignete Mittelwahl bei der Erfolgsverhinderung. Jeder Sorgfaltsverstoß für sich wirkt bereits haftungsbegründend. Zwei Beispiele aus der Rechtsprechung mögen das verdeutlichen:

In einem vom BGH[3] entschiedenen Fall hatte ein spielendes Kind sich an einem Kessel mit erhitzter Isolationsmasse zu schaffen gemacht und sich dabei Verbrennungen zugezogen. Die Baustelle war abgesperrt gewesen. Soweit der Inhalt der Verkehrssicherungspflicht in Frage steht, mußte die beklagte Baufirma nach Ansicht des BGH erkennen, daß möglicherweise spielende Kinder durch die heiße Masse zu Schaden kommen könnten. Hinsichtlich der Mittelwahl hielt der BGH die Absperrung der Baustelle nicht für ausreichend, sondern erblickte den Sorgfaltsverstoß darin, daß der Deckel des Kessels nicht mit einem Schloß gesichert worden war, das ein unbefugtes Öffnen verhindert hätte.

---

1) W. Wussow, Systematik, S. 46 f; allgemein für Unterlassungsdelikte: Welzel, das deutsche Strafrecht (10. Aufl. 1967) § 28/I 3 b (S. 205).

2) Sie wäre auch gar nicht möglich; selbst das weitgehend kodifizierte Straßenverkehrsrecht kommt nicht ohne die Generalklausel des § 1 StVO aus.

3) BGH VersR 57, 805.

In dem anderen vom BGH entschiedenen Fall[1] war im Toilettenraum eines Sanatoriums in Griffhöhe ein nicht isoliertes Warmwasserrohr geführt worden. Die 74-jährige Klägerin, die sich beim Aufstehen von der Toilette unsicher fühlte, griff nach dem Warmwasserrohr. Infolge dessen Hitze schreckte sie zurück und kam zu Fall. Der BGH führte hierzu aus, das Fehlen eines Haltegriffes allein bedeute noch keinen vorwerfbaren Mangel des Toilettenraumes. Die Sanatoriumsleitung hätte jedoch erkennen müssen, daß sich infolge des fehlenden Griffes alte Leute an dem Warmwasserrohr festhalten würden und hätte dieses isolieren oder einen Haltegriff anbringen müssen.

Vielfach werden sowohl Gefahrenquelle wie auch vorbeugendes Mittel ohne weiteres zu ersehen sein, etwa das Streuen bei Glatteis. Jedoch wird die Unterscheidung zwischem dem Erkennen der Gefahrenquelle - es handelt sich um die Voraussicht eines möglichen Kausalverlaufes - und der Wahl des zur Gefahrenabwehr geeigneten Mittels für die folgende Betrachtung noch von Nutzen sein.

Zuvor bedarf indessen noch das Problem der Übertragung der Verkehrspflichten auf Dritte einer näheren Erörterung.

2) Der von der Rechtsprechung zur Übertragung der allgemeinen Verkehrspflichten auf einen Dritten aufgestellte Grundsatz geht dahin, daß zwar eine derartige Übertragung - wiederum bis auf eine undelegierbare Restverpflichtung - möglich ist, dadurch aber der ursprünglich Verpflichtete keinesfalls aus der Haftung entlassen wird. Vielmehr wandelt sich seine eigene Sicherungspflicht um in eine Pflicht zu ausreichender Überwachung und Kontrolle[2], bei deren Vernachlässigung er gleichfalls nach § 823 haftet. Daneben bleibt er freilich im Rahmen des § 831 verantwortlich, sofern hierfür die besondere Voraussetzung eines Abhängigkeitsverhältnisses vorliegt[3]. Der

---

1) BGH VersR 63, 1028.

2) RGZ 53, 53, 57 und 276, 281; 113, 293, 297; RG JW 03 Nr. 20, Nr. 21 und Nr. 294; 06, 427, 429; BGHZ 5, 321, 325; BGH LM Nr. 12 zu § 823 (Ea); BGH NJW 53, 61; 56, 1106, 1108; 63, 393, 395; MDR 57, 214, 215; VRS 9, 250, 252; VersR 54, 364, 365; 65, 1098, 1099; OLG München NJW 66, 404.

3) RG WarnRspr. 14, Nr. 35; JW 30, 3213; OLG Stuttgart VersR 67, 485, 486. Die Haftung aus § 831 reicht allerdings weiter, da sie nicht nur Fälle von Verletzung der Verkehrssicherungspflichten umfaßt. Andererseits fehlt es bei einem selbständigen Unternehmer regelmäßig an der Weisungsgebundenheit.

Grundgedanke dieser unübertragbaren Kontrollpflicht ist, daß der an sich zur Verkehrssicherung Verpflichtete nicht durch Bestellung von im Sinne des § 831 tauglichen Personen, für die eine Entlastungsmöglichkeit besteht, die Verantwortlichkeit auf den Bestellten soll ganz überwälzen können[1]. Denn nach der Rechtsprechung des RG und des BGH haftet der Übernehmer ebenfalls aus § 823 wegen Verletzung der nun auch zur seinigen gewordenen Verkehrssicherungspflicht. Das RG hat das in seinem Urteil vom 7. 10. 1903 recht apodiktisch ohne nähere Begründung festgestellt[2]:

"Wer es einem anderen gegenüber unternimmt, an dessen Stelle Obliegenheiten zu erfüllen, deren Vernachlässigung geeignet ist, das Leben, den Körper oder die Gesundheit dritter Personen zu verletzen, macht sich einer unerlaubten Handlung im Sinne von § 823 schuldig, wenn er es vorsätzlich oder fahrlässig unterläßt, für die Erfüllung jener Obliegenheiten zu sorgen."

Dieser Satz ist zur gefestigten Rechtsprechung geworden[3], ohne eine nähere Begründung zu erfahren. Der RGRK verweist zur Untermauerung dieses Rechtssatzes auf die Bestimmungen der §§ 831 Abs. II, 832 Absatz II, 834, 838[4]. Vorallem in den Fällen, in denen der Verstoß gegen die Sorgfaltspflichten in einem Unterlassen besteht, ist es jedoch von Erheblichkeit, das Bestehen einer eigenen Rechtspflicht des Übernehmenden begründen zu können. Am ehesten läßt sich diese Pflicht je nach Lage des Falles entweder aus der beruflichen Stellung oder aus einem vorangegangenen Tun des Bestellten herleiten.
Die verbleibende eigene Pflicht des Übertragenden, die allgemeine Überwachungspflicht des § 823, erhält je nach den Umstän-

---

1) BGH NJW 52, 61.

2) RG JW 06, 59.

3) RGZ 63, 308, 311; 127, 14, 18; 156, 193, 198; 159, 283, 290; WarnRspr. 11 Nr. 28; 12, Nr. 383; 39, Nr. 72; BGH LM Nr. 2 zu § 823 (H); BGH VersR 56, 621, 622; 57, 234, 235; 58, 833; 61, 233, 234; 63, 1026, 1027; 64, 942, 944; OL G Bamberg VersR 66, 738, 739. Bedenken an der Richtigkeit äußert Wussow, Systematik, S. 47.

4) RGRK § 823 Anm. 34.

den die Ausformung einer Pflicht zur Kontrolle[1], etwa in Form von Stichproben, deren Intensität und Umfang unterschiedlich sein müssen, sowie im Einzelfall einer Pflicht zur Erteilung von Anweisungen[2]. Auffallend ist die Ähnlichkeit dieser Obliegenheiten mit den aus § 831 abgeleiteten. Überhaupt vermittelt eine Durchsicht der Rechtsprechung den Eindruck, daß die Gerichte die beiden Vorschriften der §§ 823 und 831, die an sich recht unterschiedliche Tatbestände darstellen, nur unzureichend auseinandergehalten haben. Hierfür spricht jedenfalls, daß in vielen Entscheidungen auf frühere Urteile Bezug genommen worden ist, ohne Rücksicht darauf, ob der Urteilsspruch dort auf § 831 oder auf § 823 gestützt war. Leider haben sich dieser Praxis auch die Kommentare angeschlossen. Ein weiteres Beispiel dafür, wie sehr die Judikatur die beiden Haftungsbestimmungen einander angeglichen hat, ist die Beweislastumkehrung bei Schutzgesetzverletzungen nach § 823 Abs. II[3].

3) So überrascht es nicht, wenn die Rechtsprechung wie auch bei § 831 eine vollständige Übertragung der Sicherungspflichten beim Großbetrieb nicht zuläßt. Die Gerichte haben zwar berücksichtigt, daß bei größeren Unternehmen selbst eine Überwachung und Aufsichtsführung über die einzelnen Angestellten nicht vom Geschäftsherrn oder den Organen der juristischen Person selbst durchgeführt werden kann, und haben daher eine Übertragung der praktischen Aufsichtsführung auf höhere Angestellte zugelassen[4]; diese müssen allerdings ihrerseits wieder nach Maßgabe des § 831 bestellt werden, wenn nicht der Geschäftsherr bereits

---

1) RGZ 95, 177, 179; 102, 324, 327; 112, 290, 295; 128, 320, 328; RG JW 11, 95, 96; 28, 1046, 1047; 30, 3213; BGH NJW 52, 61.

2) RG JW 04, 165; WarnRspr. 12, Nr. 76; BGHZ 17, 214, 220; 24 200, 213; BGH MDR 64, 670; VRS 10, 252, 254 (m. w. Nachw.); VersR 56, 192, 193; 58, 644; 63, 1026, 1027; 65, 475, 477; 67, 281, 282.

3) RGZ 91, 72, 76; JW 31, 1690, 1691; 37, 1917; WarnRspr. 40, Nr. 81; BGH VRS 9, 250, 252; NJW 52, 61; VersR 55, 456; 56, 158.

4) RGZ 128, 320,328; BGHZ 4, 1, 2; OLG Nürnberg VersR 56, 557, 558.

an dem Entlastungsbeweis scheitern will. Um auch bei einem mehrstufigen Betriebsaufbau die Unternehmensspitze nicht ganz aus ihrer Haftung entlassen zu müssen, hat die Rechtsprechung ihr die nicht mehr übertragbare Pflicht auferlegt, selbst durch zentrale Steuerung und oberste Leitung aller Bediensteten, in deren Tätigkeitsbereich Aufgaben der Verkehrssicherung fallen, für die Abwehr von Gefahren für Dritte zu sorgen[1]. Als Steuerungsinstrument soll ihr dabei der Aufbau einer entsprechenden Organisation dienen.

a) Ausgangspunkt dieser Lehre vom sog. betrieblichen Organisationsmangel[2] ist die Entscheidung des RG vom 28. 11. 1913[3]. Der Sache nach hat das RG allerdings gegenüber den Urteilen, auf die das Gericht sich beruft[4], nicht viel Neues ausgesagt; das Bestehen einer Beaufsichtigungs- und Kontrollpflicht sowie daß diese letztlich den verfassungsmäßigen Vertretern der juristischen Person obliegen solle, ist schon in früheren Urteilen ausgesprochen worden[5]. Eine neue Richtung wird in dieser Entscheidung aber insofern eingeschlagen, als das RG erstmals den Schwerpunkt der Betrachtung von der reinen Feststellung des Verschuldens des verfassungsmäßigen Vertreters auf den Aufbau der Kontrollorganisation, also auf die Verbindung zwischen schädigendem Gehilfen und dem obersten Organ legt. So ist dort[6] wörtlich ausgeführt:

---

1) RGZ 89, 136, 137; 112, 290, 295; 113, 293, 297; 157, 228, 235; JW 03, Nr. 294; 32, 2076; WarnRspr. 12, Nr. 164; 14, Nr. 35; SeuffA. 87, Nr. 52; 90, Nr. 32.

2) Vgl. hierzu die eingehende Darstellung von Landwehr, AcP 164, 482 ff, sowie Neumann-Duesberg, NJW 66, 624 ff.

3) RG WarnRspr. 14, Nr. 35.

4) RGZ 53, 53, 57 und 276, 281; JW 02, Nr. 75; 03 Nr. 21 und Nr. 294; 06, 113 und 428, 429 und 577 und 745, 746; 08, 673, 674; 09, 659, 660; 11, 95, 96 und 487.

5) Vgl. schon RGZ 53, 53, 57. Wohl deshalb ist in JW 14, 209 nur der prozessuale Fragen betreffende Teil dieser Entscheidung RG WarnRspr. 14, Nr. 35 abgedruckt.

6) WarnRspr. 14, Nr. 35, S. 52 letzter Absatz.

"Die ganze Gliederung, Staffelung und Verwirklichung des städtischen Baudienstes mußte die Beklagte selbst erkennen, überprüfen, fortlaufend kontrollieren und bessern. Freilich war der Beklagten eine ununterbrochene eigene Kontrolle nicht zuzumuten, wohl aber daß sie sich durch regelmäßige Berichterstattung des Stadtbauamtes und durch in gewissen größeren Zeiträumen von ihr vorzunehmenden Gesamtrevisionen über das Funktionieren des städtischen Baudienstes in allen seinen Teilen vergewisserte; und sie mußte vorliegend auch bei einem Mindestmaß wirklicher Kontrolle von der bereits viele Jahre bestehenden unzulänglichen Organisation Kenntnis haben."
Und etwas weiter unten: "Daß bei zureichender Organisation und Kontrolle des Baudienstes das viertägige Andauern eines derart gefährlichen Verkehrshindernisses (es handelte sich um einen Niveauunterschied auf dem Gehweg von 5 cm!), also der Eintritt des Unfalles ... vermieden worden wäre, muß nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge angenommen werden. ... Die bloße Möglichkeit, daß in diesem einzelnen Fall trotzdem das Andauern des Verkehrshindernisses und der Unfall sich verwirklicht hätten, genügt nicht, um den Kausalzusammenhang auszuschließen."
Als Begründung wird weiter ausgeführt, ein Privatmann würde für einen derart verkehrsgefährlichen Zustand vermöge seiner eigenen Kontrollpflicht unbedingt haften. Die Sorgfalt in der Wahrnehmung der Kontrollpflichten könne nicht dadurch geringer werden, daß die beklagte Stadtgemeinde eine ausgedehnte Bauverwaltung habe.

Noch deutlicher ist in dieser Hinsicht die bekannte Entscheidung des RG vom 27. 11. 1916[1], die in der Folgezeit als die Grundlage der Rechtsprechung zum betrieblichen Organisationsmangel angesehen werden wird[2]. Wie dort ausgeführt,

"ist grundsätzlich zu fordern, daß die zur Obsorge für die Verkehrssicherheit der Straßen und Wege verpflichtete Gemeinde die geeigneten Anordnungen trifft, um die regelmäßige Unterhaltung und Beaufsichtigung des Straßenwesens zu gewährleisten, und daß sie den Vollzug, die Angemessenheit und das Zureichen jener Anordnungen fortlaufend erprobt und sicherstellt, indem sie die Organisation und die Amtstätigkeit der dafür bestellten Beamten und Bediensteten im allgemeinen kontrolliert."[3]

---

1) RGZ 89, 136.

2) Siehe z.B. die Verweisung auf dieses Urteil in RGZ 153, 356, 359; RG JW 32, 3702; 36, 915; 38, 1651; SeuffA. 90, Nr. 32. Darauf, daß diese Entscheidung mit dem sog. körperschaftlichen Organisationsmangel gar nichts zu tun hat, weist Landwehr, ACP 164, 482 ff, 486 hin. In den Kommentaren ist die Zitierweise insofern unrichtig: RGRK § 831 Anm. 7; Erman § 31 Anm. 4.

3) Diese Formulierung muß auf das RG eine besondere Wirkung ausgeübt haben; sie kehrt in späteren Entscheidungen laufend wieder: RGZ 153, 356, 360; RG JW 20, 775; 38, 3162, 3163; vgl. auch BGH VRS 8, 174, 178.

Es fällt auf, daß auch diese beiden Urteile noch nicht von einer Pflicht zur Organisation sprechen. Es ist nur die Rede von einer Kontrolle d e r (bereits bestehenden) Organisation. Später verschärft die Rechtsprechung ihre Anforderungen und verlangt eine Kontrolle vermittels Einrichtung einer Organisation, die von der Behördenorganisation als solcher verschieden sein muß[1]. Daß diese beiden Urteile von der bereits vorher entwickelten Rechtsprechung zu der nach § 831 einzurichtenden Organisation beeinflußt sind, läßt sich nicht exakt beweisen, ist aber naheliegend. In späterer Zeit wird zwischen beiden einzurichtenden Organisationen nur mehr unzureichend, oftmals gar nicht unterschieden[2].

Diese kurze Darstellung der Anfänge der Rechtsprechung zum betrieblichen Organisationsmangel mag hier genügen[3]. Dafür soll die Organisationspflicht in der Ausgestaltung, die sie bisher in der Judikatur erhalten hat, näher untersucht werden.

Die vom Geschäftsherrn oder bei der Körperschaft von den Organen einzurichtende Organisation[4] hat drei verschiedene Funktionen zu erfüllen und kann demgemäß in ein System von Auf-

---

1) OLG München DR 41, 274, 275.

2) RG JW 31, 2236, 2237; JW 32, 2076 beziehen sich unter anderem auf RG JW 14, 759, 760, wo aber nur von der Einrichtung einer Organisation nach § 831 die Rede ist. Vgl. hierzu auch oben S. 35.

3) Für die weitere Entwicklung kann auf die umfassende Darstellung von Landwehr, ACP 164, 482 ff, insbesondere S. 483 - 488 verwiesen werden.

4) Es handelt sich um eine sog. formale Organisation, wobei unter formal "die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Systemstruktur verstanden wird, die formal ist, weil sie die Identität des Systems gegenüber wechselnden Personen und Orientierungsinhalten sichert." (Luhmann, Funktionen und Folgen formaler Organisation, S. 29). Der Gegensatz dazu ist die informale Organisation, die sich - namentlich in großen Arbeitsorganisationen - neben der formalen Organisation oder auch unabhängig von einer solchen herausbildet, hauptsächlich auf persönlichkeitsbezogenen, psychologischen Momenten beruht und soziale Kontake der verschiedensten Art widerspiegelt.

sichtsanordnungen, in eine Hierarchie von einander übergeordneten Kontrollinstanzen und in ein gegenläufiges Informationssystem untergegliedert werden.

Die allgemeinen Aufsichtsanordnungen sollen auf den Befehlswegen als generelle Verhaltensregeln erlassen werden[1]. Sie stellen für die niederen Angestellten Dienstvorschriften dar, die zur Gefahrabwendung anhalten sollen und die im Einzelfall zu treffenden Maßnahmen beinhalten. Andererseits sollen sie auch die Kontrollinstanzen, die ja die praktische Aufsicht zu üben haben, zu dieser Aufsicht anweisen und deren Tätigkeit im einzelnen regeln[2]. Dieses Anweisungssystem muß vom Betriebsinhaber selbst, bei juristischen Personen von einem verfassungsmäßigen Vertreter eingerichtet und in Gang gehalten werden. Was das Kontrollsystem[3] anbelangt, so soll die Hierarchie der Aufsichtseinrichtungen nach Aufbau und Tätigkeit so beschaffen sein, daß für jeden niederen Angestellten eine Überwachung vorhanden ist, und auch die Kontrollinstanzen einander derart nachgeordnet sind, daß sie in der Unternehmensspitze - bei einer Körperschaft natürlich wieder bei einem Organ - zusammenlaufen, die dann letztlich die Verantwortung zu tragen hat. Schließlich hat der Unternehmer zur Erfüllung seiner Organisationspflicht ein Informationssystem[4] aufzubauen, durch das gefahrdrohende Zustände alsbald "nach oben" gemeldet werden und eine Berichterstattung über allgemeine Verhältnisse im Bereich der Verkehrssicherung ermöglicht wird, worauf dann die

---

1) RGZ 89, 136, 137; RG JW 38, 525; HRR 33, Nr. 1317; BGH VersR 60, 93, 94; 62, 607, 609 und 1013; 63, 197, 198 und 232, 233 ff; 65, 475, 477; OLG Koblenz VRS 2, 68, 70 f; OLG München VersR 60, 68, 69; OLG Köln VersR 63, 738.

2) RG HRR 33, Nr. 1317; RGZ 153, 360.

3) RGZ 89, 136, 137; RG JW 20, 775, 23, 1026, 1027; 28, 1046 1047 f; 30, 1963, 1964 f; RG HRR 33, Nr. 1317; RG SeuffA. 76, Nr. 16; BGHZ 11, 151, 155; 27, 278, 280; BGH VRS 23, 324; VersR 54, 414; 60, 850, 851; 62, 326, 327 und 1013, 1014; 63, 197 und 1144, 1146; 64, 950, 951; 65, 818; OLG Schleswig VRS 8, 84, 87.

4) RGZ 112, 290, 295; RG JW 36, 2213, 2214; BGH VRS 23, 324, 326; VersR 56, 115, 116; 63, 950, 951; 60, 426, 428; LG Braunschweig VersR 65, 347, 348.

oberste Stufe der Hierarchie die erforderlichen Anordnungen zu erlassen hat. Insofern stellt das Informationssystem eine notwendige Ergänzung des Anweisungssystems dar.
Naturgemäß sind diese drei Funktionen der Organisation in den Fällen des täglichen Lebens nicht immer scharf voneinander abgesetzt, sondern sollen sich, nach dem Willen der Rechtsprechung gegenseitig ergänzen und aufeinander aufbauen. Immerhin dient die Unterscheidung dazu, die Vielzahl der Fälle einer gewissen Einteilung zu unterziehen.
Von der Darstellung einzelner Probleme sei nochmals auf die Anfänge und Grundgedanken dieser Rechtsprechung hingewiesen: es soll nicht angehen, daß die verantwortliche Person, sobald sie wegen der Größe ihres Macht- und Einflußbereichs die sie selbst treffende Verpflichtung zur Verkehrssicherung durch Gehilfen oder sonstige Dritte wahrnehmen läßt, dadurch selbst gänzlich pflichtenlos wird und für die Wirkungen ihres Machtbereichs nach außen nicht mehr verantwortlich sein soll. Denn diese Verantwortung war ja infolge der Einführung der dezentralisierten Entlastung in § 831 zunächst fast völlig entfallen. An sich ist dieser Gedanke der Verantwortlichkeit gegenüber unbeteiligten Dritten, gemessen an der Zeit, in der ihn die Rechtsprechung entwickelt hat, und auch verglichen mit den Gesetzesmaterialien zu § 831, überraschend sozial[1]. Heute erscheint er als Selbstverständlichkeit[2].

---

1) Die ersten, recht zahlreichen Urteile über die Kontrollpflichten des Prinzipals stammen aus der Zeit zwischen dem Inkrafttreten des BGB und dem ersten Weltkrieg.

2) Wie groß der Wandel in der Rechtsauffassung innerhalb eines guten halben Jahrhunderts ist, zeigt sich daran, daß das RG in RGZ 52, 373, 376 Erörterungen anstellte, ob der gemeinrechtliche Satz: qui jure suo utitur, neminem laedit, auch noch nach Inkrafttreten des BGB Gültigkeit habe. Das Gericht verneinte allerdings die Weitergeltung. Immerhin ist der Gegensatz zu der Unzahl unserer jetzigen Verkehrspflichten bemerkenswert. - Gegen die damaligen unsozialen Zustände polemisiert Menger, Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen (4. Aufl. 1908).

In dem halben Jahrhundert, das zwischen unserer Zeit und den Anfängen dieser Judikatur, nämlich der Aufstellung der Kontrollpflichten des Geschäftsherrn aus § 823, liegt, ist das Rechtsbewußtsein aber noch einen bedeutenden Schritt weitergegangen. Es begnügt sich nicht damit, dem Träger wirtschaftlicher Macht eine Restverantwortung aufzubürden. Vielmehr geht die Anschauung dahin, daß mit wachsendem Einfluß und mit wachsender finanzieller Stärke auch die soziale Verantwortlichkeit gegenüber Dritten größer wird, ja daß in Wahrheit der Grad objektiver Sorgfaltspflichten immer mehr gesteigert wird, um im Sinne einer gerechten Risikoverteilung immer mehr Schäden auf den finanzstarken Beherrscher des Gefahrenbereichs abwälzen zu können[1].

Das führt schon zu einer bedenklichen Verschärfung der Schuldmaßstäbe, sofern eine vertragliche Einstandspflicht in Frage steht, bei der ja das Verschulden der Hilfspersonen über § 278 dem Schuldner zugerechnet werden kann. Auf dem Gebiet der Haftung für Verrichtungsgehilfen entsteht hieraus jedoch eine Antinomie zwischen dem gewünschten Ergebnis, nämlich der Eröffnung des Zugriffs auf die betriebliche Vermögensmasse einerseits, und den Eigengesetzlichkeiten und der begrenzten Leistungsfähigkeit des Haftungsmodells andererseits.

Ziel der nun folgenden kritischen Untersuchung der Lehre vom betrieblichen Organisationsmangel ist zu zeigen, inwieweit die Rechtsprechung diese Konflikte zu lösen vermochte.

b) Zunächst kann festgestellt werden, daß der weisungs- und kontrollpflichtige Betriebsinhaber bzw. das zuständige Organ von dem einzelnen Schadensereignis meist räumlich weit entfernt ist. Der eigentliche Veranlasser des schadenstiftenden Zustandes ist im Regelfall der untere Bedienstete: bei der kommunalen Streutätigkeit der städtische Straßenreinigungsbeamte; beim Ausheben einer Baugrube der einfache Arbeiter; beim Aufwischen

---

1) Darauf hat schon Esser, Gefährdungshaftung, S. 7 ff hingewiesen. Er führt dort aus, daß selbst Zufallsschäden namentlich auf Körperschaften des öffentlichen Rechts im Gewande deliktischer Verantwortlichkeit zugeteilt werden. Vgl. auch v. Caemmerer, S. 62.

der Treppe die Putzfrau. Sie sind es, die die eigentliche Herrschaft über den zum Schaden führenden Kausalverlauf haben und die auch die geeigneten Sicherungsvorkehrungen zu treffen haben[1]. Demgegenüber stehen die für die Organisation Verantwortlichen dem eigentlichen "Tatort" räumlich und organisatorisch fernab - gerade für diesen Fall und nur dann besteht ja die Organisationspflicht, denn ist die leitende Person selbst in der Lage, die Kontrollfunktionen auszuüben, so ist sie zu deren Wahrnehmung unmittelbar verpflichtet. Es ist ohne weiteres einzusehen, daß mit zunehmender Größe des Betriebes auch die Führungsspitze immer weiter von den Plätzen der Verkehrssicherung entfernt ist. Denn es müssen immer mehr Zwischenkontrollstellen eingeschoben werden, um eine größere Beschäftigtenzahl in eine betriebliche Hierarchie einzuordnen[2]. Außerdem besteht auch oftmals eine zeitliche Diskrepanz zwischen dem schadenstiftenden Ereignis und der Fehlorganisation, vor allem im Bereich der Dienstanweisungen und des Kontrollsystems. Denn der Aufbau der Kontrollorganisation sowie die leitenden und ergänzenden Anweisungen sollen ja bereits mit dem Aufbau des Betriebes erfolgen, andererseits aber auch für alle künftigen Fälle eine wirksame Vorbeugung darstellen.

---

1) Im Strafrecht würde man in diesem Zusammenhang von Tatherrschaft sprechen; im Zivilrecht scheint dieser Begriff jedoch nicht geläufig zu sein.

2) Es handelt sich hier um ein Problem, das in der Organisationsliteratur mit "Kontrollspanne" (engl.: span of control) bezeichnet wird, nämlich um die Frage, wieviele direkte Untergebene ein Vorgesetzter beaufsichtigen und anleiten kann. Die hierzu angegebenen Zahlen schwanken zwischen 3 und 20, wobei die heute wohl herrschende Auffassung eher zu differenzieren geneigt ist und im unteren Bereich der betrieblichen Organisation eine größere Zahl von Untergebenen, im oberen Bereich eine kleinere für angemessen hält. In einem Betrieb mit großer Beschäftigtenzahl (vgl. oben S. 1 f.) muß demnach eine mehrstufige Hierarchie bestehen, wenn überhaupt eine Überwachung und Aufsicht möglich sein soll. Nimmt man z.B. an, daß in der Vorgesetztenebene das Unterstellungsverhältnis 1 : 5 betragen soll und dem untersten Vorgesetzten jeweils eine Arbeitsgruppe von 20 Leuten unterstellt wird (was jeweils eine große Kontrollspanne bedeutet), so kommt man zu folgender Tabelle:

Forts. s. nächste Seite !

Der Rechtsprechung muß deshalb der Vorwurf gemacht werden[1], daß sie mit der Untersuchung der betrieblichen Organisation das Gewicht der Betrachtung von der eigentlichen schadenstiftenden Handlung wegverlagert. In den Urteilen, die sich mit der Haftung wegen betrieblicher Organisationsmängel befassen, wirkt die Feststellung, daß der unmittelbare Veranlasser des Schadens, der zumeist als Gesamtschuldner mitverklagte niedere Angestellte, schuldhaft gehandelt hat, also die Würdigung der unmittelbar zum Schaden führenden Kausalkette, zumeist recht kurz und lapidar. Dagegen wird eingehend der Betriebsaufbau durchleuchtet; es wird untersucht, ob diese oder jene Zwischenkontrollinstanz überwacht werden konnte oder ob nicht die damit beauftragte Person wegen eigener Arbeitsüberlastung hierzu unfähig gewesen sein sollte; ob die von dem Organ oder dem Unternehmensinhaber erteilten Anweisungen ein spezielles Verhalten des niederen Angestellten auch gerade für den zu beurteilenden Schadenfall vorschreiben, oder ob sie insoweit lük-

---

Forts. v. Fußnote 2) (S. 55)

Anzahl der Arbeiter	Größe der Arbeitsgruppe	Anzahl unterstellter Vorgesetzter	Anzahl Zwischenstufen	Anzahl Vorgesetzte	Gesamtzahl
100	20	5	1	5	105
500	20	5	2	30	530
2500	20	5	3	155	2655
12500	20	5	4	780	13280
62500	20	5	5	3905	66405

(Diese Tabelle ist aus dem Beitrag von Potthoff in HdW Bd. I, S. 43 ff, 67 entnommen.)
Es ist hieraus leicht zu ersehen, daß ein Großbetrieb mit 2500 Arbeitern bereits 3 Zwischenkontrollinstanzen benötigt. Falls die Kontrollspannen kleiner angesetzt werden, vergrößert sich natürlich die Zahl der Zwischenstufen.
Vgl. hierzu: Ulrich, Kontrollspanne und Instanzenaufbau, S. 267 ff; Gutenberg, Unternehmensführung. S. 115 ff; Kosiol, Organisation, S. 108; Potthoff in HdW Bd. I, S. 43 ff, insbesondere S. 66 ff.

1) v. Caemmerer, S. 119.

kenhaft sind. Diese umständlichen Nachforschungen verlangen sowohl von den Parteien wie auch von den Gerichten viel Mühe bei der Beweiserbringung und Beweiswürdigung. Es wird hierdurch notwendig, Zeugen zu vernehmen, die mit dem eigentlichen Schadenfall gar nichts zu tun haben, sondern nur irgendwelche innerbetriebliche Überwachungsfunktionen wahrzunehmen haben[1].

Allerdings muß zugegeben werden, daß an dieser Entwicklung der Gesetzgeber nicht ganz unbeteiligt ist, da er hierfür in Gestalt des § 831 ein schlechtes Beispiel geschaffen hat. Denn bei Führung des Entlastungsbeweises ist auch ein Eingehen auf die Fragen der persönlichen Eignung und charakterlichen Zuverlässigkeit des Gehilfen erforderlich, also auf Tatsachen, die mit der Verletzung des Dritten oftmals gar nichts zu tun haben, aber dennoch zu einer Haftung des Geschäftsherrn führen können, da die mangelnde Tauglichkeit des Schädigers für den Schaden nicht ursächlich sein muß.[2]

Auch in der Art der Begehung bestehen Unterschiede zwischen der unmittelbaren Handlung des Angestellten und der Beteiligung der Führungsspitze. Während zwar die Verkehrssicherungspflichtverletzung ihrer Natur nach oft in Form eines schlichten Untätigbleibens begangen wird, kann das Bestehen eines gefährlichen Zustandes, wie oben festgestellt wurde[3], doch in vielen Fällen auf eine aktive Begehung zurückgeführt werden, so daß also die schadenstiftende Veranlassung durch den einfachen Angestellten in einem Tun besteht. Demgegenüber erfolgt eine Verletzung der Organisationspflicht ausnahmslos durch ein Unterlassen, genauer durch ein Unterlassen in Nebentäterschaft. Denn ein betrieblicher Organisationsmangel besteht dann, wenn die letztlich verantwortliche Person es versäumt hat, die nötigen Anweisungen zu erteilen, wenn sie nicht die nötigen Kontrollinstanzen eingerichtet hat und nicht dafür Sorge trägt,

---

1) Ein gutes Beispiel hierfür bietet die Entscheidung RG WarnRspr. 14, Nr. 35.

2) S. oben S. 11 , Fußn. 5).

3) S. oben S. 40 , Fußn. 1).

daß Mißstände ihr zur Kenntnis gebracht werden, also immer in einem Untätigbleiben der verantwortlichen Person.
Eine weitere Besonderheit der Organisationspflicht besteht darin, daß ihre Wahrnehmung nicht den gefahrdrohenden Zustand unmittelbar beseitigt, sondern lediglich auf die Willensbetätigung der unteren ausführenden Stellen derart einwirken soll[1], daß diese die - laut Rechtsprechung durch die Übertragung auch zur ihrigen gewordene[2] - Verkehrssicherungspflicht sorgfältig wahrnehmen.
Ihre Funktion als Hilfskonstruktion kann die Lehre vom betrieblichen Organisationsmangel aufgrund der Tatsache erfüllen, daß neben dem einfachen Angestellten, der die unmittelbare Herrschaft über die Gefahrenlage hat, auch noch das letztverantwortliche Organ oder der Unternehmensinhaber wegen eines eigenen Fehlverhaltens haftbar gemacht wird. Zwar ist seine Beteiligung an der Tat geringer als die des oftmals aktiv handelnden niederen Angestellten; sie besteht nur in einem Unterlassen; weiter hat er ein wesentlich geringeres Maß an Tatherrschaft. Jedoch ist der Gedanke, daß neben dem unmittelbaren Verursacher auch eine Person, die der schadenstiftenden Handlung ferner steht, für den ganzen Erfolg und in voller Höhe zur Verantwortung gezogen wird, unserem Zivilrecht nicht fremd, wie sich z.B. aus den §§ 830 Abs. II und 840 ergibt. Dieser unbeschränkten Einstandspflicht liegt letztlich das zivilistische Alles-oder-nichts-Prinzip[3] zugrunde, das nicht auf das

---

1) Der Organisationspflichtige wird demnach nicht wegen einer eigenen unmittelbaren Tatbestandsverwirklichung haftbar gemacht, sondern sein Verschulden besteht in einer Nichtausübung der ihm an sich zustehenden und auch zuzumutenden intellektuellen Herrschaft über seine ausführenden Bediensteten. In gewisser Hinsicht erinnert diese Art der Beteiligung an die subjektive Teilnahmelehre des Strafrechts, die nicht voraussetzt, daß der Täter ein oder mehrere Tatbestandsmerkmale in eigener Person verwirklicht, sondern sich mit der rein intellektuellen Tatherrschaft begnügt.

2) S. oben S. 47.

3) Zur Vermeidung hieraus entstehender Härten hat der Referentenentwurf 1967 im § 255 a eine sog. Reduktionsklausel vorgesehen. Vgl. zu diesem Problem: Lange, 43. DJT Bd. I, S.5 ff; Rother, S. 288, 289; Weitnauer, Karlsruher Forum 1961, S. 32; und die dort (S. 43 ff) abgedruckten Diskussionsbeiträge.

Maß des Verschuldens abstellt, sondern, sofern nur eine zurechenbare, wenn auch untergeordnete Ursache für den Schadenserfolg gesetzt wird, die ungeschmälerte gesetzliche Sanktion eintreten läßt[1].

c) Zwar ist es bedauerlich, daß die Bedeutung der betrieblichen Organisation im Prozeß überbetont wird und daß der Geschäftsherr für ein eigenes, oft zeitlich länger zurückliegendes Unterlassen organisatorischer Schadensvorkehrungen haftbar gemacht wird, nur weil ihm das Verschulden des schadenstiftenden Gehilfen, der die eigentliche Tatherrschaft hatte, nach deliktsrechtlichen Regeln nicht zugerechnet werden kann. Diese Einwände sind aber lediglich formaler Natur und besagen noch nichts gegen die Tauglichkeit der Hilfskonstruktion als solcher. Doch tauchen darüber hinaus wegen der Verschiebung der Betrachtung auf das Unterlassen organisatorischer Maßnahmen bei dieser Konstruktion die bei Unterlassungsdelikten allgemein bestehenden Probleme einer Feststellung der Tatbestandsmerkmale Kausalität, Zumutbarkeit und Verschulden auf. Diese bei Unterlassungsdelikten generell bestehenden Schwierigkeiten werden vorliegend noch durch die oftmals weite Kluft zwischen Organisationspflichtigem und dem schadenstiftenden Angestellten verschärft. Wie im folgenden zu zeigen sein wird, hat die Rechtsprechung, ohne diesen Hindernissen gebührende Beachtung zu schenken, an das Haftungsmodell Anforderungen gestellt, denen dieses nicht genügen konnte, ohne daß gleichzeitig grundlegende Prinzipien unseres Deliktsrechts verletzt worden wären. Aus diesen Umständen ergeben sich Bedenken gegen die Lehre vom betrieblichen Organisationsmangel, die durchschlagend sind.

---

1) Anders das Strafrecht, das sowohl das persönliche Maß an Schuld (§ 50 Abs. I StGB) wie auch die Art der Beteiligung (§§ 50 Abs. II, 49 Abs. II StGB) beim Strafmaß berücksichtigt. Im Zivilrecht wird eine abgestufte Verantwortlichkeit erst bei den Ausgleichsansprüchen bedeutsam: §§ 840, 426,254.

aa) Zunächst seien die Besonderheiten des Anweisungssystems dargestellt. Wie bereits erwähnt wurde, besteht für den Verkehrssicherungspflichtigen bei den hohen von der Rechtsprechung gestellten Anforderungen die größte Schwierigkeit darin, überhaupt zu erkennen, von welcher der beherrschten Sachen oder Anlagen eine Gefahr ausgehen und in welcher Richtung sie möglicherweise wirken kann. Das erfordert schon seitens des Geschäftsherrn eines kleinen Betriebes mit wenigen Angestellten und einem voll überschaubaren Tätigkeitsbereich eine erhebliche Anspannung der Geisteskräfte, denn nach der Rechtsprechung genügt es zur Bejahung von Fahrlässigkeit bereits, daß Schäden irgendwelcher Art hätten vorhergesehen werden müssen[1]. Eine derartige Übersehbarkeit ist jedoch bei einem größeren und differenzierteren Verantwortungsbereich kaum mehr vorhanden. Denn beim Großunternehmen oder der Körperschaft des öffentlichen Rechts wird die Führungsspitze des Betriebes oftmals gar nicht wissen, welche Grundstücke und Anlagen im einzelnen zum Betrieb gehören und wo sie sich befinden, und noch weniger wird sie ohne Kenntnis vorhersehen können, welche besonderen Gefahren hieraus für die Allgemeinheit entstehen können. Trotzdem verlangt die Rechtsprechung von ihr, daß sie ins Detail gehende Anordnungen erläßt, die jeder nur möglichen schadenstiftenden Einwirkung vorzubeugen geeignet sind. Der Erlaß derartiger Dienstanweisungen für die beschäftigten Personen mag da möglich sein, wo es sich um häufige und typische Gefahrenquellen handelt. So ist es z.B. für jedermann einsichtig, daß bei winterlicher Kälte Glättegefahr besteht und daher gestreut werden muß; daß es bei einem Fußboden oder einer Treppe, die nach dem Reinigen gewachst worden ist, der Aufstellung eines entsprechenden Hinweisschildes bedarf; daß eine Baustelle abgesperrt und nachts hinreichend beleuchtet werden muß; daß Pressemitteilungen, die in die Intimsphäre Dritter eingreifen, vor ihrer Veröffentlichung genauestens auf ihre Richtigkeit hin geprüft werden müssen. Derartige Gefahren sind jedermann bekannt. Insoweit bestehen auch gegen die von der Rechtsprechung geforderte Be-

---

1) Vgl. hierzu die oben S. 42 Fußn. 6) zitierte Rspr.

fehlsorganisation keine Bedenken. Vielmehr ist der Erlaß derartiger Anordnungen aus dem Gedanken der Verantwortung für den beherrschten Bereich durchaus ohne Überspannung der Sorgfaltspflichten zu rechtfertigen[1].

Leider beschränkt sich aber die Judikatur mit der Feststellung von Organisationsmängeln nicht auf derartige typische Gefahren[2], sondern ist allzu gern bereit, auch bei durchaus nicht von vornherein absehbaren, atypischen Geschehensabläufen im Nachhinein eine entsprechende Anweisung zu verlangen. So etwa in dem vom BGH am 1. 1. 1969 entschiedenen Fall[3]:

Die klagenden Eheleute wurden erheblich verletzt, als der Wind einen am Straßenrand stehenden Baum umriß und auf ihr Auto schleuderte. Der Baum hatte grünes Laub und wies keinerlei dürre Äste auf, hatte jedoch dicht über dem Erdboden eine, allerdings von Gras und Sträuchern verdeckte, schadhafte Stelle. Der BGH bejahte im Anschluß an das Berufungsgericht die Haftung des beklagten Landes, weil er einen Mangel in der betrieblichen Organisation erblickte. Das Gericht führte aus, zwar brauche die Straßenverwaltung zur Überwachung der Straßenbäume keine Forstbeamten mit Spezialkenntnissen, sie müsse aber ihre Straßenbegeher darauf hinweisen, daß eine grüne Baumkrone noch kein sicheres Zeichen für die Standfestigkeit eines Baumes sei. Außerdem müßten die Straßenwärter angewiesen werden, hin und wieder den Stammfuß bis zum Erdboden hinunter zu besichtigen und dazu erforderlichenfalls Straßenkehrricht, Unkraut und Gras, soweit es die Sicht behindere, zu entfernen. Diesen Anforderungen habe die Dienstanweisung jedoch nicht entsprochen. Darin hieße es nur, der Wärter habe Bäume und Hecken nach den Grundsätzen der allgemeinen Baumpflege zu erhalten sowie in Ertrag und Wuchs zu fördern. Um Erhaltung und Pflege handle es sich aber hier nicht, sondern um die Entfernung kranker Bäume. Die Dienstanweisung habe diesen Umstand nicht deutlich berücksichtigt, "während sie andere unwesentliche Dinge und Selbstverständlichkeiten sogar eingehend vorschrieb, wie das Anbinden der Haltepfähle bei jungen Bäumen". Gerade diese Regelung von Selbstverständlichkeiten aber zeige, daß die Straßenverwaltung selbst davon ausgehe, die Erfahrungen und Kenntnisse der Straßenwärter seien gering und es bedürfe daher ihrer eingehenden Belehrung und Unterrichtung. Da die Dienstanweisung diesen Erfordernissen nicht entspreche, hafte

---

1) Ein Beispiel hierfür bietet etwa der Fall BGH VersR 66, 145.

2) Auch Gutenberg, Bd. II, S. 238 ff ist der Ansicht, daß nur solche Fälle organisatorisch geregelt werden sollen, die in ihrer Variabilität gering sind. Das Prinzip, daß fallweise Anordnungen durch generelle Anordnungen ersetzbar sind, nennt Gutenberg das Substitutionsgesetz der Organisation.

3) BGH VersR 65, 475, 477.

das beklagte Land. Unerheblich sei, daß der Straßenmeister die Straßenwärter angewiesen habe, die Bäume auf ihre Standfestigkeit zu kontrollieren sowie Erkrankungen sofort zu melden. Denn ebenso wie die Dienstanweisung mache diese Belehrung nicht deutlich, daß eine grüne Krone noch nicht von der Nachprüfung entbinde, den Stamm sorgfältig, notfalls unter Wegräumung von Behinderungen zu untersuchen.
Sicherlich bedeutet es bereits eine Überspannung der Anforderungen an die Einsichtsfähigkeit, wenn man von dem verantwortlichen Organ verlangt, es habe die Überlegung anzustellen, daß vielleicht schadhafte Stellen an Bäumen durch Unkraut verdeckt sind. Außerdem ist es auffallend, daß der BGH die Anweisung, junge Bäume anzubinden, als Selbstverständlichkeit bezeichnet. Wären die Kläger durch das Umstürzen eines jungen Baumes zu Schaden gekommen, dann wäre die Anweisung, diesen anzubinden, plötzlich von erheblicher Bedeutung. In dem entschiedenen Fall wird jedoch die Regelung dieser Nebensächlichkeit der Straßenverwaltung sogar zum Nachteil ausgelegt: sie zeige, daß die Straßenwärter nur geringe Erfahrung hätten und es deshalb des Vorschreibens weiterer Maßnahmen bedurft hätte. In Wahrheit ist es doch so, daß die für den Erlaß der Dienstanweisungen verantwortliche Person versuchte, minutiöse Anweisungen zu erteilen, aber nun bedauerlicherweise die, die auf den Schadenfall gepaßt hätte, vergessen hat, weil es sich um eine atypische Gefahrenquelle handelte, an die der Verantwortliche auch bei Anspannung aller Geisteskräfte nicht denken konnte.

Auf derselben Ebene liegt ein anderer Fall aus der jüngsten Rechtsprechung[1]:

Der Kläger stürzte in einer Hauptverkehrsstraße vor einem Schaufenster infolge einer 15 cm breiten, 50 cm langen Vertiefung von ca. 1,5 cm. Die Unebenheit war dadurch entstanden, daß aus der Zementeinfassung eines Abdeckrostes der Mörtel herausgebröckelt war. Auch hier hat der BGH die Haftung der beklagten Gemeinde aufgrund eines Mangels im Anweisungssystem bejaht. Zur Begründung führt das Gericht aus, zwar müsse ein Niveauunterschied im Straßenpflaster von 1,5 cm normalerweise in Kauf genommen werden; dann jedoch, wenn besondere Umstände wie hier die Ablenkung der Fußgänger infolge der Schaufenster und des dichten Verkehrs hinzukämen, könne auch ein derart geringer Höhenunterschied einen objektiven Verstoß gegen die Verkehrssicherungspflichten bedeuten. Ein Verschulden des zuständigen Organs der Stadtgemeinde sieht der BGH darin, daß es eine Belehrung der Straßenbegeher dahin unterlassen habe, daß auch geringfügige Vertiefungen zu beseitigen seien, sofern infolge besonderer Umstände die Fußgänger in ihrer Aufmerksamkeit beeinträchtigt seien. Vorallem hätte aber auch die Belehrung dahin lauten müssen, daß im Zweifelsfall die Schadenstelle immer zu melden sei.

---

1) BGH VRS 32, 244.

Auch hier liegt wieder eine Überspannung der Sorgfaltspflichten vor. Möglicherweise kann noch ein aufmerksamer Straßenbegeher auf den Gedanken kommen, daß eine Stelle wegen besonderer Umstände gefährlich ist, wenn er sie vor sich sieht. Nicht aber kann das zuständige Organ, das seine Tätigkeit hinter dem Schreibtisch ausübt und wahrscheinlich die Schadenstelle oder eine vergleichbare Gefahrenquelle noch nicht zu Gesicht bekommen hat, auf diesen Gedanken kommen. Wenn ein Fußgänger infolge eigener Unachtsamkeit zu Fall kommt, wird aber von dem Organ verlangt, auch all die Eventualitäten bedacht zu haben, die von außergewöhnlicher Art sind und auch nicht, wie der BGH meint, in einer Belehrung enthalten sein müssen, die sich auf die Regelung des Grundsätzlichen beschränkt.

Zum Abschluß sei noch ein weiteres Beispiel erwähnt, nämlich ein vom OLG München entschiedener Fall[1)], in dem das Gericht aufgrund eines Mangels im Anweisungssystem zu einer Verurteilung gelangte. Das Gericht stützte die Organisationspflicht - leider ohne nähere Gründe anzugeben - auf die besondere Leitungspflicht des § 831 Abs. I S. 2, obwohl der Gehilfe keine sonderlich gefährliche Tätigkeit zu verrichten hatte. Das soll hier jedoch keine Rolle spielen, denn der Fall ist beispielhaft für die Strenge der angelegten Sorgfaltsmaßstäbe.

In der Nähe eines Hauses war ein Gasrohrbruch festgestellt worden. Der Angestellte der beklagten Stadtgemeinde suchte zusammen mit einer Hausbewohnerin die anderen Mieter auf und empfahl diesen, die Fenster zu öffnen. Indessen verblieb der Kläger unbemerkt in seinem Zimmer, weshalb er eine Gasvergiftung mit schweren Dauerfolgen erlitt. Die Türe zu seinem Zimmer war verschlossen, die bewußte Hausbewohnerin versicherte jedoch nach einem Blick durch das Schlüsselloch, der Kläger sei nicht da; der städtische Angestellte rüttelte außerdem an der Türe. Der Kläger war jedoch infolge der Gaseinwirkung bewußtlos und konnte sich nicht bemerkbar machen.
Das OLG München stellte fest, daß die Dienstanweisungen der beklagten Stadtgemeinde keine Weisung für den Fall enthielten, daß in einem gasverseuchten Anwesen verschlossene Räume angetroffen werden. Die Anweisungen könnten zwar nicht vorausschauend jeden Fall regeln, aber der, daß sich jemand in einem verschlossenen Raum befände, läge nicht außerhalb aller Erfahrung. Also auch hier wieder liegt gerade der eingetretene Schaden nicht außerhalb aller Vorhersehbarkeit. Gerade den vorgefallenen Kausalverlauf hätte die verantwortliche Person im voraus einkalkulieren müssen. Dabei konnte der zuständige verfassungsmäßige Vertreter der Stadt kaum an eine derart unglückliche Konstellation denken; für ihn war dieser Geschehensablauf nicht

---

1) OLG München VersR 63, 1208, 1209.

vorhersehbar. Trotzdem wird ihm ein Schuldvorwurf gemacht, um zu einer Haftung des Betriebsvermögens zu kommen.[1]

bb) Während die Problematik des Anweisungssystems darin lag, die möglichen Gefahrenquellen vorher zu erkennen, besteht beim Kontrollsystem die Schwierigkeit darin, wie eine bereits als gefährlich erkannte Situation vorbeugend ungefährlich gemacht werden kann. Es gilt also für den Verkehrssicherungspflichtigen, durch ein geeignetes Mittel eine Schädigung außenstehender Dritter zu verhindern. Nach der Rechtsprechung hat der Unternehmer oder das zuständige Organ im mehrstufigen Betriebsaufbau dazu eine Kontrollorganisation einzurichten, damit auf diese Weise die Führungsspitze auch die unteren ausführenden Bediensteten beaufsichtigen und zur Gefahrenabwehr anhalten kann. Auch hier hat die Judikatur mit ihren Anforderungen die Grenze des Möglichen und Zumutbaren überschritten. Der Leitgedanke, daß der Aufbau eines Betriebes und die Beschäftigung von Personen eine gesteigerte Verantwortlichkeit mit sich bringen und daß die Unternehmensleitung in Wahrnehmung dieser Verantwortung verpflichtet ist, den richtigen Ablauf des betrieblichen Geschehens zu kontrollieren, ist in seinem Kernbereich unstreitbar richtig. Aber wegen der übergroßen Ausdehnung des von der Rechtsprechung gezogenen Anwendungsbereichs wird die verlangte Einrichtung eines Kontrollsystems den billigerweise zu stellenden Anforderungen nicht mehr gerecht. Die von der Judikatur aufgestellten Maßstäbe gehen zu weit; was von den Gerichten gefordert wird, kann nur mehr als Überorganisation bezeichnet werden. Hierfür ein Beispiel:

In dem vom RG am 25. 2. 1930 entschiedenen Fall[2] war jemand infolge winterlicher Glätte zu Fall gekommen. Nach den Feststellungen im Urteil war infolge der außergewöhnlich ungünstigen Witterungsverhältnisse die Unfallstelle zwischen 8 und 9 Uhr, vor 12 Uhr und um 15 Uhr gestreut worden. Weiterhin war unstreitig festgestellt, daß die verfassungsmäßigen Vertreter der Stadtgemeinde sich persönlich am Vormittag über den Stand der Streu-

---

1) Weitere Beispiele: BGH VersR 58, 644; RG JW 23, 1026, 1027; OLG Düsseldorf JW 38, 525; OLG Braunschweig VersR 66, 961.

2) RG JW 30, 1963, 1964 f.

arbeiten durch Inspektionen zu unterrichten pflegten. Das RG kam dennoch zu einer Verurteilung der beklagten Stadt, da zwischen 12 und 15 Uhr nicht gestreut worden sei, obwohl es dessen bedurft hätte. Zwar räumte das Gericht ein, daß ein Gemeinwesen nicht überall gleichzeitig mit seinem Personal zur Stelle sein könne; trotzdem erblickte es ein Verschulden der zuständigen Organe darin, daß diese nicht dafür gesorgt hätten, daß bei der herrschenden ungünstigen Witterung während eines Zeitraums von 3 Stunden (!) nochmals gestreut würde. Um das sicherzustellen, hätte es genügt, daß die Organe der Stadt die entsprechenden Anordnungen träfen und für ihre Durchführung sorgten.

Die von der Rechtsprechung gestellten Anforderungen stehen neueren Erkenntnissen über eine sachgerechte Betriebsführung entgegen; die unteren Angestellten sollen in einer Weise von oben her gegängelt werden, die auf das Verantwortungsbewußtsein und die Arbeitsfreude eher lähmend als anspornend wirken muß. Eine Aufsichtsführung sollte jedoch nicht den Arbeitseinsatz des Untergebenen beeinträchtigen, sondern leistungssteigernd wirken und Verantwortung wecken[1]. Auf der anderen Seite bedeutet die Kontrollpflicht für die Führungsspitze einen Zwang, sich um untergeordnete Dinge zu kümmern, der mit der Forderung, daß der Unternehmensleitung grundsätzliche und richtungweisende Entscheidungen vorbehalten bleiben sollen, nicht in Einklang zu bringen ist[2]. Die Aufsichtsführungspflicht darf nicht dazu führen, daß die Unternehmensspitze wiederum mit unwesentlichen Einzelentscheidungen belastet wird; dadurch würde der Entlastungseffekt der Delegation von Aufgaben wieder rückgängig gemacht. Die Forderung, daß etwa ein Vorstandsmitglied einer Aktiengesellschaft größeren Umfanges sich - wenn auch nur generell - mit der Treppenreinigung und ähnlichen Fragen befassen soll, ist wirklichkeitsfremd[3]. Das sind Aufgaben der mittleren und unteren Instanzen[4]. Die Rechtsprechung stellt aber diese Fälle so hin, als könne eine wirksame Überwachung nur von einem

---

1) Giere, Beaufsichtigung im Arbeitsvorgang, in "Verwaltung" (Hrsg.: Marx, 1965), S. 315 ff, 320; Potthoff, HdW Bd. I, S. 43 ff, 57; Gutenberg, Bd. I, S. 250.

2) Ulrich, S. 267 ff, 279.

3) Interessant ist in diesem Zusammenhang der Bericht aus der Praxis der Presseverlage, daß betriebliche Wirklichkeit und Anforderungen der Rspr. vollkommen auseinanderfallen; vgl. Löffler, NJW 65, 2392, 2393.

4) Diese Erkenntnis ist einer der Gründe für die Einführung des körperschaftlichen Organisationsmangels; vgl. unten S. 85 ff.

verfassungsmäßigen Vertreter vorgenommen werden[1]. Mit einem derartigen Fall hat sich der BGH in jüngerer Zeit auseinandergesetzt[2]:

Auf einer Brücke hatte sich ein Glatteisunfall ereignet. Zwar hatten die Bezirksführer des städtischen Wegereinigungsdienstes in einer Besprechung festgestellt, daß diese Brücke beim Streuen besonders zu berücksichtigen sei. Sie hatten auch die Zahl der Streuungen bestimmt und waren teilweise bei den Arbeitskolonnen im Streuwagen mitgefahren, um die Ordnungsmäßigkeit der Streuung zu überwachen. Der BGH führte aus, darin könne allerdings noch keine gesteigerte Überwachung der besonders gefährlichen Stellen wie jener Brücke gesehen werden; die für diese Abschnitte erforderliche besondere Überwachung müsse über die gewöhnliche hinausgehen. Auch wenn die Bezirksführer in dem Streuwagen mitführen, könnten sie keinen Überblick darüber haben, ob die besonders gefährlichen Stellen, mochten sie auch bei ihrer Kontrolle noch so gut gestreut gewesen sein, nicht schon bald wieder einer erneuten Streuung bedurft hätten. Ein Organisationsfehler sei darin zu erblicken, daß nicht die Organe der Stadt den Streuplan aufgestellt und die besonders gefährlichen Stellen hierin gekennzeichnet hätten, sondern daß sie diese Aufgabe unteren Instanzen wie den Bezirksführern überlassen hätten. Es habe den Bezirksführern hierfür an der notwendigen Übersicht gefehlt und man könne auch nicht einwenden, sie hätten aufgrund ihrer Kontrollen die Notwendigkeit der Streuungen besser beurteilen können.
Wie immer also ein Streudienst beschaffen sein mag, er genügt der Rechtsprechung nicht, wenn nicht zumindest ein Organ der streupflichtigen Kommune die Tätigkeit selbst anordnet und überwacht.

So bemerkte schon Esser[3] treffend, der Kontrollpflicht könne "durch die beste Aufsicht sachverständiger Fachbeamter nicht genügt werden, wenn diese nicht die Voraussetzungen des § 31 erfüllen". Selbst für die Beaufsichtigung im Heerwesen, das wegen seiner straffen Gliederung und der absoluten Weisungsgebundenheit der unterstellten Dienstgrade ein Maximum an Kontrollmöglichkeit bietet, fordert Meyer-Detring[4] nur, daß sich die Aufsicht der mittleren und höheren Offiziere mit grundsätzlichen Entwicklungen und Gepflogenheiten befasse; Einzelfälle

---

1) Vgl. RGZ 155, 161, 166.

2) BGH VRS 23, 324 ff.

3) Esser, Gefährdungshaftung, S. 36.

4) Meyer-Detring, Dienstaufsicht im Heer, Wehrwissenschaftliche Rundschau 1964, S. 704 ff, 708.

dürften dem Vorgesetzten ohne dessen Verschulden entgehen; nur Gewohnheiten müsse er erkennen[1].

Die Verpflichtung zur Aufsichtsführung darf nicht dazu dienen, die Verantwortung von der ausführenden auf die beaufsichtigende Instanz zu verschieben[2]; gerade das bezweckt aber die Rechtsprechung. Wie beim Anweisungssystem berücksichtigt sie aber nicht, daß es gegen atypische Gefahren keine organisatorische Vorsorge gibt[3]. Eine atypische Gefahr ist von der Unternehmensspitze, da sie bislang noch nicht vorgekommen ist, noch nicht in ihrer Eigenart erkannt und deshalb kann es dagegen auch noch kein Mittel zur Vorbeugung in Gestalt organisatorischer Maßnahmen geben. In einem solchen Fall versagt die beste Aufsichts- und Überwachungsorganisation und es kommt dann nur auf die eigene Initiative der handelnden Person an.

Um es nochmals klar zu stellen, die Berechtigung einer betrieblichen Kontrolle und Überwachung der Tätigkeit der Hilfskräfte im Hinblick auf die Aufgaben der Verkehrssicherung soll nicht in Frage gestellt werden. Wogegen diese Ausführungen sich wenden wollen, ist nur das von der Rechtsprechung geforderte Ausmaß dieser Organisation sowie die Anforderungen an deren Aufbau. Falls im Betrieb die Aufgaben der Verkehrssicherung auch von mittleren und unteren Instanzen überwacht werden können, soll die Rechtsprechung nicht verlangen, daß sich die ohnehin oft überlasteten oberen Organe damit befassen. Merkwürdig ist, daß die äußerst umfangreiche betriebswirtschaftliche Organisationsliteratur[4] sich mit dem Problem der Organisation der Verkehrs-

---

1) Meyer-Dötring, aaO. (S. 66 Fußn. 4), S. 709; ebenso Braemer, Betrieb, 66, 1441, 1443.

2) Giere, aaO. (S. 65 Fußn. 1), S. 315 ff, 319.

3) Esser, MDR 57, 215, 216; Gutenberg Bd. I, S. 237 f.

4) Vgl. hierzu die Nachweise bei Potthoff, HdW Bd. I, S. 78 ff; Kosiol, Bibliographie zur Organisationsliteratur (1961); Bibliographie zur Organisation von Staat, Verwaltung, Wirtschaft, Bd. I (1966). - Was inhaltlich der Verkehrssicherung am nächsten kommt, sind die Aufgaben der Werksicherung (etwa gegen Feuer). Hierzu führt der Arbeitskreis Dr. Krähe der Schmalenbachgesellschaft in "Unternehmungsorganisation" (1963), S. 114 aus, die Stellen der Werksicherung führten ein durch ihre Aufgabenstellung bedingtes Eigenleben; ihr Platz innerhalb der betrieblichen Organisation sei nicht bestimmt. Sie seien daher häufig der Leitung direkt unterstellt, "die sie dann mit ihren täglichen, überwiegend kleinen Anliegen behelligen".

sicherungspflichten nirgendwo auseinandersetzt. Neben den Fragen betrieblicher Leistungserstellung wird in der Wirtschaftswissenschaft den Fragen der Verkehrssicherung keineswegs jene überragende Bedeutung zugemessen, wie es die Rechtsprechung tut.

cc) Auch bei der Forderung nach der Einrichtung des Informationssystems hat die Judikatur den Bereich des Zumutbaren verlassen. Es ist einfach unmöglich zu verlangen, daß ein Organ oder der Betriebsinhaber über jeden verkehrswidrigen Zustand unterrichtet wird. Nach betriebswirtschaftlicher Lehre soll die sog. Chefinformation in den unteren und mittleren Instanzen einem Filterprozeß unterworfen werden, wodurch alles, was nicht den Aufgaben eines Chefs entspricht, ausgeschieden wird[1]. Was von der Rechtsprechung über das Informationssystem zu sagen ist, legt Esser[2] mit seinem recht instruktiven Beispiel klar: hat der zuständige Straßenmeister die seit Wochen von Murmeln spielenden Kindern in die Straße gebohrten "Knickerlöcher" selbst ausgefüllt, ohne einen Bericht an den Baudezernenten zu geben, so liegt hierin nach der Judikatur ein Fehler im Informationssystem der Gemeinde, die sich, wie Esser nebenbei bemerkt, nicht damit entlasten könnte, daß sie gegen die Kinder doch nichts ausrichten könnte.
Somit kann als kurzes Zwischenergebnis festgehalten werden: soweit die verfassungsmäßigen Vertreter im Rahmen ihrer Organisationspflicht allgemeine Weisungen erlassen sollen, werden an ihre Fähigkeiten, Gefahrenquellen zu erkennen, zu hohe Anforderungen gestellt. Der größte Mangel des Kontroll- und des Informationssystems liegt darin, daß die Unternehmensleitung in unzumutbarer Weise mit Funktionen überhäuft werden soll, die nicht echte Leitungsfunktionen sind und die im Regelfall von den unteren Instanzen allein mit größerer Sachnähe und mehr Sachverstand ausgeübt werden können[3]. Für alle drei Aus-

---

1) Gutenberg, Unternehmensführung, S. 134.
2) Esser, Gefährdungshaftung, S. 35.
3) Staud.-Coing § 31 Anm. 15; Bergmann, DGWR 37 345 ff, 347.

formungen der Organisationspflicht gilt, daß ihre Wirksamkeit dort versagt, wo einmalige, atypische Geschehensabläufe eintreten.

d) Indessen sind, wie besonders Esser[1] nachgewiesen hat, eine Überspannung der Sorgfaltsansprüche und die Aufstellung unzumutbarer Handlungspflichten für sich allein betrachtet im Bereich der Haftung für Verletzung von Verkehrspflichten noch nichts allzu Ungewöhnliches. Was jedoch die Besonderheit der Lehre vom betrieblichen Organisationsmangel ausmacht, ist die Behandlung von Fragen der Kausalität.
Die Rechtsprechung verlangt eine besondere Art der Strukturierung[2] des Betriebes. Die mit der Wahrnehmung der Verkehrssicherung betrauten unteren Angestellten sollen durch Befehls-, Kontroll- und Kommunikationswege mit den zuständigen verfassungsmäßigen Vertretern verbunden sein, die ihrerseits fortlaufend zu erwägen haben, ob irgendwelche dritte Personen zu Schaden kommen können, und dagegen durch allgemeine Weisungen und Kontrolle der ausführenden Stellen prophylaktisch tätig werden sollen. Ziel der Organisation ist es, die Angestellten zu sorgfältiger und gewissenhafter Arbeit anzuspornen und Fehlhandlungen oder Unterlassungen durch Aufsicht zu verhindern. So weit bestehen keine Bedenken; eine derartige Kontrolle ist zweifellos vonnöten. Der Mißbrauch dieser Rechtsfigur beginnt aber, wo die Rechtsprechung die Dinge so darstellt, als könne jegliche Schädigung Dritter durch entsprechende Organisation verhindert werden. Das ist zwar nirgendwo ausgesprochen, kann aber in jedem Urteil zwischen den Zeilen herausgelesen werden. Stillschweigend wird davon ausgegangen, daß der Schaden nicht eingetreten wäre, wenn nur die im speziellen Fall als fehlend vermerkte Organisation vorhanden gewesen wäre. Zwischen dem herzustellenden Erfolg, der Abwendung der Gefahr, und der Wahrnehmung der Organisationspflicht wird ein Zusammenhang derart

---

1) Esser, Gefährdungshaftung; ders., JZ 53, 129 ff.

2) Darauf, daß Organisieren gleichbedeutend ist mit Strukturieren, weist Kosiol, Organisation, S. 20, hin.

angenommen, daß die Organisation, falls vorhanden, auch notwendigerweise zur Gefahrabwendung geführt hätte.
Wie schon dargelegt[1], wird wie bei den Schutzgesetzverletzungen des § 823 Abs. II auch bei den Verkehrspflichtverletzungen der Schaden zur schuldhaft nicht beseitigten Gefahrenlage zugerechnet. Diese Erscheinung findet sich bei den Organisationspflichten noch einmal entsprechend, nur daß sie hier bereits eine Stufe früher einsetzt. Der in Wahrnehmung der Organisationspflicht herzustellende Erfolg ist die besondere Art der Strukturierung des Betriebes. Ist diese unterblieben, so wird bereits die Nichtbeseitigung der Gefahrenlage, die ihrerseits zum Schaden geführt hat, zur Organisationspflichtverletzung zugerechnet. Der Unterschied besteht hier darin, daß zwar die Nichtbeseitigung der Gefahrenlage sicher zum Schaden geführt hat. Ob dagegen die Wahrnehmung der Organisationspflicht immer die Gefahr beseitigt und damit den Schaden verhindert hätte, muß doch bezweifelt werden.
Die Rechtsprechung allerdings geht von dieser Voraussetzung aus. Gelingt es den Gerichten im konkreten Schadenfall, einen Organisationsfehler zu entdecken - und bei den hohen von der Rechtsprechung gestellten Anforderungen sind die Fälle, in denen das nicht gelänge, selten -, so findet sich in den Urteilen regelmäßig die Behauptung, falls der Organisationsfehler nicht bestanden hätte, wäre auch der Dritte nicht zu Schaden gekommen[2].
Eine Organisation, die jeden Schaden und jedes Fehlverhalten der unteren Angestellten verhindern könnte, existiert aber nicht. Denn bereits atypischen Gefahrensituationen, die sich wegen ihrer Besonderheit einer generellen Regelung verschließen, kann auch durch die beste Organisation nicht vorgebeugt werden. Aber auch alltägliche Gefahrenlagen lassen sich hierdurch nicht restlos ausschalten. Denn die Aufgaben der Verkehrssicherung werden, was ihre unmittelbare Durchführung an-

---

1) Vgl. oben S. 43.
2) Vgl. z.B. BGH VRS 6, 174, 178; BGH VersR 65, 475, 477.

belangt, von den unteren Angestellten wahrgenommen. Diesen unterlaufen aber wie jedem Menschen einmal Fehler[1], "die, für sich allein betrachtet, zwar jedesmal vermeidbar waren, also fahrlässig herbeigeführt worden sind, mit denen aber angesichts der menschlichen Unzulänglichkeit als mit einem typischen Abirren der Dienstleistung erfahrungsgemäß zu rechnen ist"[2]. Wenn die Arbeit so geartet ist, daß die Wahrscheinlichkeit für ein solches Abirren besonders groß ist und die zu erwartenden Schäden besonders umfangreich sind, liegt nach der Rechtsprechung des BAG eine sog. schadensgeneigte Arbeit mit den bekannten Formen der Haftungsbeschränkung vor[3]. In diesem Zusammenhang interessierend hat das RAG auch die Tätigkeit eines Hauswarts bei Wahrnehmung der Streupflicht als schadensgeneigt angesehen[4]. An dieser Stelle genügt es festzustellen, daß jede Art von Tätigkeit, wird sie nur lange genug ausgeübt, zu Unachtsamkeit und Fehlern verführt; ob sie im Einzelfall nun wirklich schadensgeneigt ist, ist hier nicht von Interesse[5]. So scheint es z.B. unvermeidlich, daß auch der zuverlässigsten Putzfrau einmal der Fehler unterläuft, nach dem Einwachsen des Bodens die entsprechende Hinweistafel nicht anzubringen; daß der Straßenbegeher eine Unebenheit im Pflaster oder eine wackelnde Platte des Gehwegs übersieht. Diese mensch-

---

1) In der Praxis des Straßenverkehrs spricht man insoweit von menschlicher Unzulänglichkeit oder menschlichem Versagen.

2) So BAG 5, 1, 7, das diese Formulierung aus RAG ARS 41, 55, 58 fast wörtlich übernommen hat.

3) Die Auswirkungen dieses Rechtsinstituts auf die Gehilfenhaftung werden später noch zu erörtern sein.

4) RAG ARS 46, 136.

5) Zur Problematik der Frage, ob die Haftungsfreistellung nur bei schadensgeneigter Arbeit oder bei jeder Art beruflicher Tätigkeit eintreten soll vgl. Rother, S. 260; Schnorr v. Carolsfeld, Arbeitsrecht, S. 304 f. Verschiedene LAG's haben sich dafür entschieden in Abweichung von der Auffassung des BAG die genannten Grundsätze auf jede Art von Tätigkeit anzuwenden: LAG Stuttgart, BB 54, 1029 und BB 65, 1108; LAG Frankfurt NJW 65, 788 und Betrieb 64, 1159, 1160. Ablehnend Gaul, NJW 66, 329 ff.

liche Unzulänglichkeit, der die Rechtsprechung ohne weiteres Rechnung trägt, wenn die Haftung des Arbeitnehmers in Frage steht, soll plötzlich nicht mehr vorhanden sein, wenn es sich um die Haftung für Organisationsmängel handelt.
Aber Sorgfaltspflichtverletzungen, die in der Natur der Arbeit oder der Arbeitenden liegen, kann auch die beste Organisation nicht ganz ausschließen[1]. Eine gut geführte Betriebsorganisation kann sicherlich, sofern sie für eine geschickte räumliche, zeitliche und personelle Diensteinteilung sorgt und auch ein geordnetes Maß an Kontrolle gewährleistet, in erheblichem Umfang Gefahren verhüten helfen. Sie sollte jedoch in ihrer Wirkung nicht überbewertet werden, nur um auf diesem Wege den Abstand des verantwortlichen Organs von der einzelnen Gefahrensituation zu überbrücken und ihm damit die Verantwortung für sämtliche Fehler der ausführenden Personen aufbürden zu können. Denn solche Fehler lassen sich jedenfalls nicht gänzlich vermeiden. Menschliche Arbeitskräfte können nicht roboterhaft gesteuert und gelenkt werden, sondern sie haben einen eigenen Willen und eigene Verstandeskräfte, die sie zwar befähigen, mit Situationen fertig zu werden, gegen die keine organisatorische Vorsorge getroffen werden kann; andererseits begehen sie aus diesem Grunde auch ab und zu eine Pflichtwidrigkeit.

e) Wenn die Rechtsprechung trotzdem die jeweilige Gefahrensituation einer mangelhaften betrieblichen Strukturierung zuzurechnen pflegt, so kann sie das nur, weil es sich, wie bereits dargelegt wurde[2], bei der Verletzung der Organisationspflicht durchweg um ein Unterlassen handelt. Und wie bei allen Unterlassungsdelikten kann das Urteil über die Kausalität der Unterlassung für den Schaden nur ein hypothetisches sein[3]. Das Gericht kann nicht über einen realen Handlungsablauf entscheiden, sondern nur ein Wahrscheinlichkeitsurteil darüber fällen, ob

---

1) Vgl. Simitis, S. 26.

2) S. oben S. 57 f.

3) Es handelt sich hier noch nicht um die Prüfung der Adäquanz, sondern zunächst um die Feststellung der naturwissenschaftlichen Kausalität i. S. der Bedingungstheorie.

die unterlassene Maßnahme mit an Sicherheit grenzender oder doch zumindest hoher Wahrscheinlichkeit den Schaden verhindert hätte, oder, um die heuristische Formel der Praxis zu gebrauchen, ob die unterlassene Maßnahme nicht hinzugerechnet werden könnte, ohne daß der Erfolg entfiele. So jedenfalls sind die von der h. L.[1] gestellten Anforderungen an den Ursächlichkeitsbeweis, denen die Rechtsprechung[2] im allgemeinen auch folgt.

aa) Nur im Falle der Haftung für Organisationsmängel wird davon abgewichen, zwar nicht offen, aber dem Ergebnis nach. Jedenfalls scheinen die Fälle, in denen die Judikatur die Ursächlichkeit eines Organisationsmangels für den Schaden verneint, sehr selten zu sein[3]. Die Mehrzahl der Urteile läßt praktisch einen vermuteten Kausalzusammenhang ausreichen[4]. Als Beispiel mag hier die bereits oben im Wortlaut zitierte Entscheidung des RG vom 28. 11. 1913 dienen[5]:

Bestünde auch die vom RG geforderte Überwachungsorganisation, so würde es dennoch keineswegs sicher sein, daß der angeblich gefährliche Zustand eines „Höhenunterschiedes von 5 cm auf dem Gehweg von den anwesenden Bauarbeitern oder dem Straßenbegeher genauso übersehen worden wäre oder daß es der betreffenden Person einfach zu mühsam gewesen wäre, die Unebenheit zu beseitigen. Es steht hier nicht die bloße Möglichkeit in Frage, ob die Unebenheit auch bei Existenz der Organisation vorhanden wäre, wie das RG unter Hinweis auf seine frühere Entscheidung RG JW 05, 690 meint, sondern umgekehrt ist es äußerst fraglich, ob die Organisation geeignet ist, den Mangel zu beseitigen. Daß dies nach dem "gewöhnlichen Lauf der Dinge angenommen werden" muß, klingt nicht sehr überzeugend, sondern eher nach einem Wunschbild.

---

1) Larenz § 14/III b (S. 161 f) und NJW 53, 686; Esser, § 60/10 (S. 243); Traeger, Kausalbegriff, S. 72; ders., Unterlassungsdelikte, S. 14 und 21 ff.

2) BGHZ 2, 139, 142; VersR 67, 281, 282; RGZ 52, 373, 376; 147, 129, 130.

3) Vgl. z.B. BGH VRS 8, 16.

4) BGH JZ 65, 411.

5) RG WarnRspr. 14, Nr. 35; s. oben S. 49 f. Um einen ganz ähnlichen Fall handelt es sich bei dem Urteil RGZ 89, 136 ff.

Ähnlich ist ein Fall gelagert, den der BGH zu entscheiden hatte[1]:

Der Verletzte war dadurch zu Schaden gekommen, daß ein Teil der Friedhofsumzäunung umstürzte. Ein aushängbares Gitterfeld hinter dem Abfallhaufen war zwar eingehängt, nicht aber verschraubt gewesen und glitt aus der Verankerung, als der Geschädigte sich darauf stützte. Der BGH bemängelte, die Friedhofsverwaltung müsse mit einer gelegentlichen Unachtsamkeit der Arbeiter beim Einhängen der Gitterfelder rechnen sowie in Betracht ziehen, daß Unbefugte die nicht verschraubten Gitter aushöben. Und weiter unten stellte das Gericht fest, es sei dem zuständigen Organ der beklagten Friedhofsverwaltung als Verschulden anzurechnen, daß sie nicht dafür gesorgt habe, daß die Gitter durch ständige Anwendung der Verschraubung gesichert würden. Die Entscheidung ist jedoch in sich widersprüchlich: auch die beste Anweisung und Kontrolle ist nicht mit Sicherheit in der Lage, einen ordnungsmäßigen Zustand zu gewährleisten, wenn immer mit einem Fehlverhalten der Arbeiter oder Dritter zu rechnen ist. Daß sich durch strenge Aufsicht manch eingerissener Schlendrian beseitigen läßt, soll nicht bestritten werden. Aber es kann nicht für jeden gefährlichen Zustand ein Organisationsmangel verantwortlich gemacht werden.

bb) Die Rechtsprechung ist aber noch einen entscheidenden Schritt weiter gegangen; sie hat diese Hilfskonstruktion einfach auf den Kopf gestellt. Wenn sich ein konkreter Schadenfall ereignet hat, der auf einem länger dauernden verkehrswidrigen Zustand beruht, forschen die Gerichte nicht mehr nach einem möglicherweise ursächlichen Organisationsfehler, sondern das Bestehen eines derartigen länger andauernden Gefahrenzustandes soll geradezu auf einen organisatorischen Mangel hindeuten. Nach Ansicht der Rechtsprechung kann ein verkehrsgefährlicher Zustand "schlechthin nicht ohne ein mindestens organisatorisches Verschulden" der verfassungsmäßig berufenen Organe längere Zeit fortbestehen[2]. Als logische Konsequenz hieraus wird dann der Satz aufgestellt, für einen andauernden verkehrsgefährlichen Zustand müsse ein verfassungsmäßiger Vertreter die Verantwortlichkeit tragen[3].

---

1) BGH VersR 64, 291, 292.

2) RG WarnRspr. 40, Nr. 81; einer Benennung des zuständigen verfassungsmäßigen Vertreters bedarf es dann nicht: RGZ 89, 136, 137; 163, 21, 28; RG SeuffA. 66, Nr. 179; JW 32, 2076; WarnRsp. 10, Nr. 189.

3) RG SeuffA. 87, Nr. 51; RG JW 32, 2076; BGH VersR 53, 242; 65,165, 166; Esser § 205/3 (S. 883).

Hierdurch wird, was Esser[1] scharf kritisiert hat, "eine unwiderlegliche Vermutung, die auf eine Fiktion hinausläuft" aufgestellt, die "eine bewußte Nichtachtung der (tatsächlichen) Schuldlage" enthält.
Dabei sind die Gerichte mit der Annahme eines längeren gefährlichen Zustandes schnell bei der Hand. Ein Zeitraum von wenigen Tagen[2], ja bereits von einem Tag[3] reicht schon aus. Es fragt sich, was dann ein Zeitraum von noch nicht längerer Dauer ist. Für jede verkehrswidrige Situation, die einige Zeit besteht, kommt man damit zu einer Haftung der Körperschaft oder des Unternehmers. In den übrigen Fällen, wo es gar nicht angeht, wegen der geringen Dauer eine Ursächlichkeit mangelnder Kontrolle zu behaupten, bleibt dann immer noch als Ausweg, nach einem Mangel im Anweisungssystem zu forschen, was auch zumeist gelingt. Die Gerichte vermissen dann in der Regel diejenige Anordnung, die den konkreten Schadenfall hätte verhindern können, gleichgültig, ob ein derartiges Geschehen überhaupt vorhersehbar war. Und selbst wenn solche Anweisungen für den zu beurteilenden Gefahrenzustand vorhanden waren, zeigt eben der eingetretene Schadenfall, daß die Anweisungen nicht deutlich genug oder nicht ausreichend waren[4]. Für die Fälle aber, die auf einen verkehrswidrigen Zustand von einiger Dauer zurückzuführen sind, ist durch diese Beweisregelung aus der Haftung für Organisationsmängel eine Zurechnungsregel geworden, eine dritte neben § 278 und § 831. Denn für den von einem unteren Angestellten verursachten Schadenfall hat aufgrund des vermuteten Organisationsfehlers der verfassungsmäßige Vertreter oder Unternehmer einzustehen, ohne daß diesen in Wirklichkeit ein Verschulden treffen müßte. Vielmehr wird

---

1) Esser, Gefährdungshaftung, S. 35 Fußn. 3. - Darauf, daß sich mit Hilfe des Anscheinsbeweises Fragen der materiellen Schadenszurechnung verschleiern lassen, hat auch Diederichsen, S. 186, hingewiesen.

2) RG WarnRspr. 14, Nr. 35.

3) RG WarnRspr. 40, Nr. 81.

4) RG SeuffA. 86, Nr. 124; Esser, Gefährdungshaftung, S. 36; BGH VersR 65, 475, 477.

rein aufgrund der Tatsache, daß der Gefahrenzustand schon einige Zeit gedauert hat, ein schuldhaftes Unterlassen organisatorischer Vorsorge vermutet und zwar, was im Vergleich zu § 831 interessant ist, praktisch ohne die Möglichkeit eines Nachweises mangelnder Ursächlichkeit.
Um ein Zurechnungssystem handelt es sich natürlich nicht der juristischen Konstruktion nach; dogmatisch gesehen haftet der Geschäftsherr immer für eigene schuldhafte Pflichtverletzung. Tatsächlich besteht aber eine echte Haftung für fremdes Verschulden, schon deshalb, weil in aller Regel die Unternehmensleitung kaum eine Möglichkeit hat, den durchwegs von einem niederen Angestellten herbeigeführten Schaden zu verhindern.
Damit ist eine grundlegende Veränderung des Sinnes der Kontrollpflicht eingetreten, der ja letztlich auch die Organisationspflicht entstammt. Solange der Gesichtspunkt der Verantwortlichkeit des Unternehmers für das Tun seiner Leute im Vordergrund steht - dieser Gedanke hat auch in § 831 seinen Ausdruck gefunden, denn der Geschäftsherr soll nach dieser Bestimmung nur fachlich und charakterlich einwandfreies Personal verwenden -, ist die Konstruktion eines Überwachungsverschuldens berechtigt und auch dogmatisch haltbar.
Infolge der Ausweitung zum Zurechnungsmodell steht jedoch die Kontrollpflicht nur noch auf dem Papier und dient lediglich als Vorwand, als Ersatz für ein taugliches Zurechnungssystem für das Gehilfenverschulden[1]. Bei Durchsicht der Rechtsprechung gewinnt man den Eindruck, daß es den Gerichten gar nicht darum geht, durch Aufstellung der Kontrollpflichten eine bestimmte Strukturierung des Betriebes zu erreichen. Das zeigt sich schon darin, daß die getroffenen Maßnahmen niemals ausreichen, sondern immer gerade die den Schaden herbeiführende Ursache keine organisatorische Vorbeugung erfahren hat. Die Organisationspflicht trägt somit von vornherein den Makel der Unerfüllbarkeit in sich, da andernfalls eine Zurechnung des

---

1) Vgl. hierzu auch den Bericht von Löffler, NJW 65, 2392 f; außerdem Bergmann DGWR 37, 345 ff, 347.

Schadens unterbleiben müßte. Daß diese Judikatur im Schrifttum unwidersprochen geblieben ist, läßt sich darauf zurückführen, daß sie immerhin zu einem billigen Ergebnis führt.

f) Selbst wenn schon die Rechtsprechung die Aufstellung einer Kontroll- und Organisationspflicht für nötig hält, hätte sie diese systematisch besser im Rahmen des § 831 entwickelt als aus § 823. Denn § 823 normiert die Verantwortlichkeit für eigenes, zielgerichtetes Eingreifen in die Rechte Dritter, nicht eine Einstandspflicht für eine fremde Handlung. Zwar wollte der Gesetzgeber bei Schaffung des BGB auch in § 831, entsprechend der damals vorherrschenden Rechtsanschauung, das "nackte Schuldprinzip"[1] verwirklichen und ebenfalls nur eine Haftung für eigenes Verschulden anordnen; die Beweislastumkehr stellte ja, wie schon oben dargelegt, nur eine widerstrebend gewährte Konzession dar und sollte nichts am Prinzip ändern[2]. Die anfängliche peinliche Beachtung des Grundsatzes der Haftung für eigenes Verschulden führte zu einem häufigen Gelingen des Entlastungsbeweises und der Einführung der dezentralisierten Entlastung. Deshalb konnte aber damals § 823 mit der früher gültigen Auffassung von der Bedeutung der Kontrollpflichten ohne Störung des Systems als willkommene Ergänzung zu der vermeintlichen Untauglichkeit des § 831 herangezogen werden.
Verglichen damit hat sich die Rechtsauffassung weitgehend gewandelt. Die Haftung für Gehilfen wird nicht mehr als ein Problem der Haftung für eigenes, sondern für fremdes Verschulden kraft der Verantwortung für den beherrschten Bereich angesehen[3]. Dieser Anschauung werden weder § 823 noch auch § 831 ihrer ursprünglichen Konzeption nach gerecht, sondern nur § 278, der jedoch allein im vertraglichen Bereich Anwendung findet. § 831 ist aber wegen seines Aufbaus recht elastisch, so daß er mit dem Wandel der Anschauung[4] einigermaßen Schritt

---

1) Feder, S. 90.
2) S. oben S. 20.
3) Vgl. S. 13 , Fußn. 3.
4) Es handelt sich hierbei um einen Bedeutungswandel aufgrund einer Änderung der objektiv-teleologischen Kriterien; vgl. Larenz, DRiZ 59, 306, 309; ders., Methodenlehre, S. 266 ff.

halten konnte. Die h.M. erblickt in dieser Vorschrift heute ein wenn auch abgeschwächtes Einstehenmüssen für ein Betriebsrisiko, eine Haftung für eine fremde Handlung, wobei das Erfordernis eigenen Verschuldens als ein durch die gesetzliche Vermutung abgeschwächtes, unvermeidliches Übel angesehen wird[1]. Die Wandlungsfähigkeit dieser Vorschrift liegt also in ihren beiden Vermutungen begründet.

§ 823 konnte der Wandlung der Kontrollpflichten zum Zurechnungssystem nicht folgen. Diese Bestimmung regelt auch nach heutiger Auffassung nur ein Einstehenmüssen für eigenes Verschulden. Da aber die Haftung für Organisationsmängel der Praxis nach eine Haftung für fremdes Verschulden darstellt, mußte durch Überspannung und Verbiegung von Haftungselementen wie Verschulden und Kausalität dem Buchstaben des Gesetzes Genüge geleistet werden.

Eine geeignete Verschuldens- und Kausalitätsvermutung ist jedoch in § 831 enthalten. Beidesmal, bei § 831 und bei der Haftung für mangelhafte Organisation, tritt die Verantwortlichkeit wegen einer zum Schaden führenden Gehilfenhandlung ein in Verbindung mit der Verletzung von Rechtspflichten zur Vornahme von Maßnahmen, von denen vermutet wird, daß sie geeignet wären, den Schaden zu vermeiden. Der Beweisverteilung und der Kongruenz von natürlichen Geschehens und rechtlichem Zurechnungsschema nach wäre also die Bestimmung des § 831 viel eher geeignet, die Haftung für Organisationsmängel aufzunehmen. Auch das Hindernis, daß § 831 keine Überwachungspflicht enthält, die sich auf die Durchführung der Arbeit erstreckt, ist inzwischen durch die Rechtsprechung weitgehend beseitigt[2]. Hält die Judikatur es für unerläßlich, eine betriebliche Organisationspflicht aufzustellen, so sollte sie sie im Rahmen des § 831 entwickeln;

---

1) Dabei spekuliert man damit, daß es dem Geschäftsherrn nicht gelingen möge, sich zu entlasten; wenn das doch der Fall ist, wird die Haftungsbefreiung nur widerstrebend gewährt. Das kommt auch darin zum Ausdruck, daß zur Entlastung der Nachweis nicht genügen soll, die mangelnde Eignung des Gehilfen sei für den Schaden nicht ursächlich geworden.

2) S. oben S. 27 ff.

Ansätze hierzu sind ja bereits vorhanden, jedoch leider nicht recht entwickelt worden [1]. Dort wäre sie jedenfalls systematisch besser einzuordnen.
Als Antwort auf die eingangs aufgezeigte Problematik [2] kann mithin ohne weiteres gesagt werden, daß die Rechtsprechung durch die Verschärfung der objektiven Sorgfaltsmaßstäbe und die Umwandlung der Kontrollpflichten in ein Zurechnungsmodell die Grenzen, die einer exakten Anwendung des § 823 gesetzt sind, deutlich überschritten hat. Die dogmatische Unzulänglichkeit dieser Konstruktion beruht letztlich auf der Distanz von Unternehmensleitung zu ausführendem Angestellten. Auch über diese Distanz hinweg kann im Einzelfall einmal ein schuldhaftes Mitverursachen vorliegen; umgekehrt ist aber nicht für jeden Gefahrenzustand ein Verhalten der verfassungsmäßigen Vertreter ursächlich. Diese Voraussetzung ist aber notwendig, um für jeden Fall zu einer Einstandspflicht der Führungsspitze zu kommen, wodurch dem Verletzten der Zugriff auf eine ausreichend große Vermögensmasse gesichert wird. Daß die Judikatur das Vorliegen dieser Voraussetzungen unterstellt hat, ohne daß dies der Natur der Sache nach berechtigt wäre, mußte notwendigerweise zu Lasten der Grundsätze unseres Schadensrechts gehen. Daß dieser Weg nicht notwendig gewesen wäre, wird noch näher gezeigt werden.

Ganz besondere Probleme ergeben sich für den Bereich der Produzentenhaftung [3], da vielfach, vorallem mit zunehmender Automation, eine auf Verschulden aufbauende Haftung für Fabrikationsfehler unrealistisch ist [4]. Diesen Fragen kann hier nicht

---

1) Vgl. S. 34 ff.

2) Dazu S. 54.

3) Vgl. hierzu: Lorenz in Festschrift für Nottarp (1961), S.59 ff; Karlsruher Forum 1963 mit Referaten von Gernhuber, Lorenz und Wolany; Simitis, Grundfragen der Produzentenhaftung (1965); Esser § 204/5 c (S. 873 ff); Larenz § 37/IV (S. 64 ff); Markert, Der zivilrechtliche Schutz des Konsumenten gegen Verletzung seiner Rechtsgüter durch fehlerhaft hergestellte Produkte (Diss. 1961); ders. BB 64, 231 ff und 319 ff.
Neuestens jetzt: Diederichsen, Haftung des Warenherstellers (1967); Teichmann, BB 66, 173 ff.

4) Lorenz, S. 59; vorallem aber Diederichsen, S. 49 ff, der überhaupt das Vorliegen einer Handlung in Frage stellt.

im einzelnen nachgegangen werden. Grundsätzlich gilt nach der Rechtsprechung, daß für Fabrikationsfehler eine Einstandspflicht nach § 831, für Konstruktionsfehler eine Haftung nach § 823 wegen eines Organisationsmangels in Frage kommt[1].

g) Diese Untersuchungen wären jedoch unvollständig, wenn sie sich auf eine kritische Betrachtung der Rechtsfigur des betrieblichen Organisationsmangels beschränken würden, ohne zugleich - was den eigentlichen Anlaß der Darstellung bildete - die Funktion dieser Hilfskonstruktion im Verhältnis zu § 831, also zu der Bestimmung zu prüfen, die nach Absicht des Gesetzgebers die Gehilfenhaftung regeln sollte.
Dabei läßt sich feststellen, daß die Judikatur vorallem ein Problem lösen wollte, das neben der Beschränkung der Vermutung in § 831 auf das Auswahlverschulden eine ganz besondere Schwäche dieser Bestimmung ausmacht, nämlich die dezentralisierte Entlastung, die durch die nachträglichen Korrekturmaßnahmen in § 831 nicht wieder wettgemacht werden konnte. Die Haftung aus § 823 sollte zunächst die genannte "Kanalisierung" der Vermutung auf das Auswahlverschulden beseitigen helfen und bot sich sodann als Möglichkeit an, die Haftung des Geschäftsherrn nicht auf seine Einflußnahme auf die von ihm selbst ausgewählte Gruppe der höchsten Angestellten beschränken zu müssen, wie es der dezentralisierte Entlastungsbeweis verlangt. Durch Statuierung der Organisationspflicht wurde vom Geschäftsherrn oder verfassungsmäßigen Vertreter verlangt, daß er den Betrieb bis hinunter in die kleinste Abteilungseinheit steuern solle. Somit bedeutet die Organisationspflicht geradezu eine Umkehrung der Grundsätze des dezentralisierten Entlastungsbeweises. Nach § 831 soll der Besteller nur für die von ihm direkt beobachteten höheren Angestellten haftbar sein, da ihm eine Auswahl der unteren nicht möglich und zumutbar sei, er vielmehr diese Aufgaben auf die höheren Angestellten übertragen könne. Aber ausgerechnet dann, wenn es sich um die Wahrnehmung der Verkehrssicherungspflichten handelt, wird verlangt, daß er sich um die

---

1) BGH VersR 56, 410, 411; Simitis, S. 25 ff und 72 ff.

Regelung der kleinsten Einzelheit selbst durch Anordnung von Kontrollmaßnahmen und Dienstanweisungen kümmern solle. Die dezentralisierte Entlastung geht davon aus, daß sowohl Ausführung einer Tätigkeit wie auch die Verantwortung dafür auf untere Instanzen delegierbar sind. Die Organisationspflicht kehrt diese Voraussetzungen um und beläßt die Verantwortung bei der Führungsspitze, erreicht aber dieses Ergebnis nur dadurch, daß sie diese zwingt, sich mit Aufgaben zu befassen, die nicht die ihren sind, die vielmehr voll delegiert werden müßten. Daß die unterschiedliche Behandlung ihre Rechtfertigung in den verschiedenen Funktionen - einmal Personalauswahl und daneben Verkehrssicherung - finden sollte, kann wohl kaum ernsthaft behauptet werden. Ein Organ oder Unternehmer, der sich nicht um die Personalauswahl kümmern kann, wird kaum die Zeit finden, sich über Maßnahmen der Verkehrssicherung viele Gedanken zu machen.

Damit aber hat die Rechtsprechung für die Fälle von Gehilfenhaftung, denen eine Verletzung von Verkehrssicherungspflichten zugrundeliegt, die dezentralisierte Entlastung stillschweigend rückgängig gemacht. So begrüßenswert das vom Ergebnis her sein mag, kann das aber nicht das Unbehagen an dem Zurechnungssystem beseitigen, das die Judikatur in Gestalt der Organisationspflichtverletzungen aufgestellt hat.

II

Besonders bei den juristischen Personen[1] des öffentlichen und des privaten Rechts und den diesen gleichgestellten Personengesellschaften des Handelsrechts[2] bot sich der Rechtsprechung eine weitere Möglichkeit, die nachteiligen Folgen des § 831 aus dem Weg zu räumen. Es handelt sich hierbei um die Haftung der juristischen Personen für ein schadenstiftendes Verhalten ihrer Organe gemäß § 31 BGB. Nach dem Wortlaut dieser Vorschrift ist die juristische Person nur für Handlungen solcher Personen verantwortlich, deren Organstellung in der Satzung verankert ist. Die Rechtsprechung hat jedoch den Kreis dieser Personen darüber hinaus ausgedehnt. Sie ist dabei in zweierlei Richtung vorgegangen.

1) Der eine, auch zeitlich früher eingeschlagene Weg war die extensive Interpretation des Begriffs des "anderen verfassungsmäßigen Vertreters". Einzelheiten der Entwicklung können hier außer Acht gelassen werden, da sich in den Kommentaren[3] ausführliche Darstellungen finden.
Von dem gesetzlichen Erfordernis, daß die Stellung des Organs unmittelbar in der Satzung verankert sein müsse, wie sich aus dem eindeutigen Wortlaut sowohl des § 30 wie auch des § 31 ergibt, ist die Rechtsprechung nach und nach abgegangen und hat auf recht begriffsjuristische[4] Weise durch extensive Interpretation einzelner Tatbestandsmerkmale eine Anwendung dieser Vorschrift auch auf andere leitende Angestellte erreicht[5]. Der

---

1) Zur Geschichte der Theorie der juristischen Person vgl. die umfassende Darstellung bei Wolff, Bd. I, die merkwürdigerweise nur wenig Beachtung gefunden hat.

2) Es handelt sich um die offene Handelsgesellschaft und die Kommanditgesellschaft.

3) Soergel-Siebert § 30 Anm.9 ff; Staud.-Coing § 31 Anm.14 ff.

4) Staud.-Coing § 31 Anm. 15.

5) Nach Siebert, Rechtsstellung der Technischen Uberwachungsvereine im Kfz-Prüfwesen (1957), S. 50, hat die Rechtspr. den Begriff des "verfassungsmäßigen Vertreters" in § 31 über den des "besonderen Vertreters" in § 30 ausgedehnt, obwohl beide vom Gesetzgeber als gleichbedeutend aufgefaßt wurden; vgl. Prot. I, S. 522.

erste Schritt erfolgte durch Gleichstellung der Organisationsbestimmungen der Körperschaft des öffentlichen Rechts mit der Satzung des Vereins[1]. Dann sollte es nach der Rechtsprechung bereits genügen, wenn sich die Möglichkeit einer Bestellung der betreffenden Person zum Organ aus der Satzung ermitteln ließ[2] und schließlich wurde auch dieses Erfordernis ganz fallen gelassen und man hat nur noch auf die faktischen Verhältnisse, die allgemeine Betriebsregelung abgestellt.[3] Letztlich sollte auch eine Vertretungsmacht nach außen nicht mehr erforderlich sein[4].

Diese Ausweitung des Haftungsbereichs in § 31 ohne Berücksichtigung der eindeutig festgelegten Erfordernisse einer satzungsmäßigen Bestellung und der Vertretungsmacht nach außen widerspricht dem Gesetzeswortlaut und läßt sich als Auslegung nicht rechtfertigen[5]. Die dieser Normanwendung zugrundeliegende Vorstellung, daß es nicht von den Zufälligkeiten der Satzung abhängen soll, für welche Art von Funktionsträgern eine Einstandspflicht der Körperschaft bestehen soll, ist berechtigt. Daß aber das RG sich nicht entschließen konnte, den eindeutigeren Weg einer Analogie zu gehen, beruht auf traditionalen Elementen. Die Judikatur hatte sich schon früh in dieser Richtung festgelegt und wollte offensichtlich nicht von der einmal eingeschlagenen Linie abweichen[6].

---

1) RGZ 62, 31, 36; 74, 21, 23; 121, 382, 385; 157, 228, 237; 162, 129, 168. - Die Haftung des Beamten selbst aus § 839 entfällt, wenn er fahrlässig gehandelt hat, da §§ 89, 31, 823 dann eine anderweitige Ersatzmöglichkeit darstellen.

2) RGZ 91, 1, 3; 121, 382, 387; 157, 228, 238; JW 30, 2927, 2930.

3) RGZ 163, 21, 29; RG DR 40, 978, 979 und 1293, 1294.

4) BGH VersR 62, 664, 665; RG DR 44, 287; hiergegen die früheren Urteile: RGZ 62, 31, 36; 74, 23, 24 und 250, 257; 120, 304, 307.

5) Denn die Auslegung findet ihre Grenze an dem klaren Wortlaut einer Vorschrift. Über den möglichen Wortsinn als Grenze der Auslegung vgl. Larenz, NJW 65, 1, 5; ders., Methodenlehre, S. 243.

6) So bedeutungsvoll die Bestimmung des § 136 GVG für die Einheitlichkeit der Rspr. sein mag, so hinderlich ist sie auch der Korrektur einer falschen Ansicht.

Jedenfalls haben die Obergerichte auf diesem Weg den Anwendungsbereich des § 31 entscheidend erweitert und sogar Straßenmeister[1], Stadtbaumeister[2], Kreisbaumeister[3], leitende Sparkassenangestellte[4], Bankfilialleiter[5], Transportabteilungsleiter einer Aktiengesellschaft[6], Stationsvorsteher[7] und Oberförster[8] als verfassungsmäßig bestellte Vertreter deklariert. Dabei sind die Urteile, wie insbesondere die Gegenüberstellung bei Staud.-Coing[9] zeigt, äußerst widerspruchsvoll und die fallweise Bejahung oder Verneinung des verfassungsmäßigen Ranges bei den einzelnen Berufsarten entbehrt oftmals jeder inneren Berechtigung. So ist z.B. kaum einzusehen, warum ein Schlachthausdirektor[10] nicht verfassungsmäßiger Vertreter sein soll, während einem Markthalleninspektor[11] dieser Rang zukommen soll. Diese Art von Rechtsfortbildung ist wenig erfreulich, da sie in der Kasuistik stecken bleibt und die Herausbildung klarer Prinzipien verhindert. Nichtsdestoweniger ist das von der Rechtsprechung damit erzielte Ergebnis einer Erweiterung der Haftpflicht von Großunternehmen und kommunalen Betrieben auf leitende Angestellte begrüßenswert, wenn auch dabei wohl nicht übersehen werden darf, daß es im Gegensatz hierzu bei Großbetrieben, die einer Einzelperson gehören, bei der erleichterten Entlastungsmöglichkeit des § 831 verbleibt[12].

---

1) BayObLGZ 55, 91, 94; BGH VersR 65, 44.
2) RGZ 70, 118, 120.
3) RGZ 62, 31, 34 ff.
4) RG JW 36, 2066, 2067.
5) BGH BB 56, 770, 771.
6) BGH VersR 62, 664, 665; RG DR 40, 978, 979 und 1293, 1294.
7) RGZ 121, 382, 385 ff.
8) BGH VersR 65, 1055, 1056.
9) Staud.-Coing § 31 Anm. 19; speziell für Fragen der Streupflicht findet sich eine Zusammenstellung bei Ketterer-Friedrich, S. 114.
10) RG LZ 22, 615.
11) RG JW 09, 682.
12) Vgl. hierzu Palandt § 31 Anm. 1.

2. Die andere, rechtlich interessantere Lösung hat das RG in Gestalt der Lehre vom sog. körperschaftlichen Organisationsmangel[1] versucht, die eingehender dargestellt werden soll, insbesondere auch um den Unterschied zwischen betrieblicher und körperschaftlicher Organisationspflicht erläutern zu können, da hierüber, trotz neuerer Arbeiten noch Unklarheit herrscht.

Die körperschaftliche Organisationspflicht, die, wie Landwehr[2] gezeigt hat, aus der betrieblichen Organisationspflicht abgeleitet worden ist, hat ihren Ursprung in der Entscheidung des RG vom 1. 4. 1931[3]:

Wie sich aus den Entscheidungsgründen ergibt, scheint die beklagte Eisenbahngesellschaft eingewandt zu haben, ihre Vorstandsmitglieder könnten sich nicht um Einzelheiten bei der Wahrnehmung der Verkehrssicherungspflicht kümmern. Daraufhin hat das RG mit der bereits bekannten Feststellung geantwortet, für einen andauernden verkehrswidrigen Zustand müsse ein verfassungsmäßiger Vertreter die Verantwortung tragen. Aber, so führt das Gericht aus, fehle es an einem solchen, der in der Lage sei, sich um derartige Dinge zu kümmern, liege ein Fehler in der Organisation vor.

Die Abweichung gegenüber der betrieblichen Organisationspflicht liegt darin, daß nicht behauptet wird, die Organisation müsse von einem Organ selbst wahrgenommen werden, sondern der juristischen Person wird für den Fall der Überlastung dieser Organe die Pflicht auferlegt, einen besonderen Vertreter gemäß § 30 für den speziellen Bereich der Verkehrssicherung zu bestellen.

Eine Zusammenfassung und Begründung der These von der körperschaftlichen Organisationspflicht hat das RG in seiner Entscheidung vom 9. 3. 1938 unternommen[4]:

Das Gericht führt dort aus, der leitende Gedanke bei der Kodifikation des § 30 BGB, der die Bestellung besonderer Organe

---

1) Vgl. hierzu: Landwehr, ACP 164, 482 ff; Neumann-Duesberg, NJW 66, 624 ff und 715 ff; Bergmann DGWR 37, 345 ff; Esser § 205/3 (S. 881); RGRK § 30 Anm. 2; § 89 Anm. 6; Soergel-Siebert § 31 Anm. 17 - 24; Palandt § 31 Anm. 1.

2) Landwehr ACP 164, 482 ff.

3) RG JW 32, 2076.

4) RGZ 157, 228, 235; wörtlich übernommen in RGZ 162, 129, 166.

ermögliche, sei es gewesen, die Haftung der juristischen Person auch auf solche leitende Angestellte zu erweitern, die zwar nicht die volle Vertretungsmacht haben, die aber für die Tätigkeit der juristischen Person nicht entbehrt werden können[1]. Diese Erwägung habe dazu geführt, in der Rechtsprechung einen Organisationsmangel und ein Verschulden der verfassungsmäßigen Vertreter anzunehmen, wenn nicht für die Bestellung eines besonderen Vertreters nach § 30 BGB gesorgt werde, sobald der Vorstand infolge Arbeitsüberlastung nicht in der Lage sei, den Verpflichtungen der juristischen Person nachzukommen. Die Sachlage könne dann so sein, daß die Körperschaft ihren Pflichten nicht durch die Bestellung von Verrichtungsgehilfen nach § 831 genüge.

a) Dieser kleine Exkurs mag hier genügen, da Landwehr[2] die weitere Entwicklung dieser These bereits eingehend untersucht hat. Wichtiger ist es nunmehr, die Abgrenzung gegenüber der betrieblichen Organisationspflicht vorzunehmen[3], um auch herausfinden zu können, welche Lücke des Haftungssystems die Rechtsprechung mit dieser Konstruktion schließen wollte.
Im Unterschied zur betrieblichen Organisationspflicht, die von allen Betrieben ohne Rücksicht auf deren Rechtsform wahrgenommen werden muß, trifft die körperschaftliche Organisations-

---

1) Diese Darstellung ist ganz sicher unrichtig, weil es bei Einführung des § 30 nicht um eine Erweiterung der Haftung, sondern um eine Ausdehnung des rechtsgeschäftlichen Aktionsradius der juristischen Person ging; die Haftungsausdehnung in § 31 ist demgegenüber nur eine notwendige Folge.

2) Landwehr ACP 164, 482 ff.

3) Nach der Abgrenzung von Landwehr, ACP 164, 482, 489, liegt ein betrieblicher Organisationsmangel vor, wenn eine juristische Person ihren Aufsichtspflichten überhaupt nicht nachkommt. Ein körperschaftlicher Organisationsmangel soll dann bestehen, wenn die juristische Person ihre Aufsichtspflicht von Personen ausüben läßt, die nicht Organe sind, obwohl nach allgemeiner Anschauung eine Bestellung zum Organ nötig gewesen wäre.
Etwas davon abweichend meint Neumann-Duesberg, NJW 66, 624 ff, ein betrieblicher Organisationsmangel liege vor, wenn die Organe einer Körperschaft zwar in der Lage seien, ihrer Kontrollpflicht nachzukommen, aber dies schuldhaft versäumt hätten. Ein körperschaftlicher Organisationsmangel bestehe, wenn die Organe wegen Überlastung ihren Aufsichtspflichten nicht nachkommen könnten und es unterließen, besondere Vertreter zu bestellen. Beide Mängel schlössen sich daher gegenseitig aus.
Soergel-Siebert § 31 Anm. 24 zieht eine solche Unterteilung überhaupt in Zweifel, da sich im täglichen Leben doch nicht zwischen beiden Organisationen unterscheiden lasse.

pflicht nur bei juristischen Personen und den handelsrechtlichen Personengesellschaften zu. Sie hat nicht die Frage nach der Art der organisatorischen Schadensvorkehrungen zum Gegenstand, sondern sie beinhaltet die Verpflichtung, den Personen, die sich mit der Wahrnehmung organisatorischer Aufgaben befassen, eine erhöhte Stellung zuzuerkennen. Oder anders ausgedrückt: während zufolge der betrieblichen Organisationspflicht die Verbindung zwischen der Unternehmensleitung und den niederen Angestellten besonders gestaltet werden muß, befaßt sich die körperschaftliche Organisationspflicht mit der Frage, welches Körperschaftsorgan die Kontrollfunktionen auszuüben hat. Die körperschaftliche Organisationspflicht läßt sich in der folgenden Regel zusammenfassen: die juristische Person hat die betriebliche Organisationspflicht als den nicht delegierbaren Teil der Verkehrssicherungspflichten durch ihre Organe selbst wahrzunehmen; sind diese wegen des Umfanges des Unternehmens dazu nicht in der Lage, so müssen hierfür besondere Vertreter gemäß § 30 bestellt werden. Es handelt sich also eigentlich gar nicht um eine Pflicht zur Organisation im Sinne einer Strukturierung des Betriebes, sondern vielmehr um eine Organbestellungspflicht.

Somit kann noch eine weitere Tatsache festgestellt werden: die körperschaftliche Organisationspflicht bedeutet eine den Besonderheiten der juristischen Person angepaßte Ergänzung der betrieblichen Organisationspflicht; beide stehen daher nicht in alternativem, sondern im komplementärem Verhältnis zueinander. Denn der körperschaftliche Organisationsmangel allein führt noch keine Haftung herbei; vielmehr tritt diese erst in Verbindung mit einer Verletzung der betrieblichen Organisationspflicht ein[1]. Recht deutlich kommt das in einer neueren

---

1) Deshalb ist es nur zum Teil richtig, wenn Neumann-Duesberg, NJW 66, 624, 627 und 715 ausführt, bei einem körperschaftlichen Organisationsmangel würde es dann haftungsmäßig so angesehen, "als ob" das Sonderorgan die gebotene Kontrolle unterlassen habe. Die Rspr. argumentiert vielmehr, wären die unteren Angestellten von dem oberen genügend beaufsichtigt worden, so wäre der Schaden nicht eingetreten, vermutet also eine Verletzung der Kontrollpflicht und rechnet sie über die verletzte Organbestellungspflicht zu.

Entscheidung des OLG Nürnberg[1] zum Ausdruck. Dort ist ausgeführt, den Organen ständen zweierlei Wege offen, nämlich entweder nähmen sie die betriebliche Organisationspflicht selbst wahr oder sie übertrügen sie auf eine andere Person, die aber sodann wegen der Bedeutung[2] der übertragenen Funktion zum Organ bestellt werden müsse.
Der Dualismus beider Pflichten wird auch daran deutlich, daß die Gerichte[3] teilweise eine alternative Begründung aufstellen: es habe im konkreten Fall an diesem oder jenem Teil der betrieblichen Organisation gefehlt und diese Tatsache müsse den verfassungsmäßigen Vertretern als Verschulden angerechnet werden. Sollten diese aber nicht in der Lage gewesen sein, die Organisation zu leiten, so hätte es der Bestellung eines besonderen Vertreters bedurft und diesem hätte ein derartiger Zustand nicht ohne Verletzung seiner Sorgfalt entgehen können. Der körperschaftlichen Organisationspflicht liegt also letztlich ebenfalls die Verkehrssicherungspflicht zugrunde, deren Wahrnehmung immer Aufgabe des Geschäftsherrn oder der juristischen Person ist und deren Delegation nicht in vollem Umfang möglich ist.
Somit befindet sich diese Auffassung mit der heute herrschenden Organtheorie[4] im Einklang, nach der die juristische Person durch ihre Organe selbst handeln kann[5]. Umgekehrt kann sie aber Aufgaben, die von ihr selbst wahrgenommen werden müssen, nur durch Personen mit Organstellung vornehmen lassen. Sind die nach der Satzung vorhandenen Organe dazu nicht in der Lage, so müssen eben weitere in Gestalt jener besonderen Vertreter bestellt werden. So betrachtet hat es die Körperschaft sogar leichter als der Geschäftsherr eines größeren Betriebes; bei Überlastung ihrer satzungsmäßigen Vertreter kann sie wei-

---

1) OLG Nürnberg, VRS 29, 401, 402.

2) RGZ 157, 228, 235 nennt das die "tatsächlichen Umstände des täglichen Lebens, insbesondere des wirtschaftlichen Verkehrs", die eine Bestellung zum Organ erfordern.

3) Vgl. RG JW 38, 1651; BGHZ 24, 200, 213; OLG Nürnberg VRS 29, 401.

4) Vgl. hierzu Enn.-Nipp. § 103/IV 2 (S. 617 f).

5) Vgl. hierzu v. Gierke, Genossenschaftstheorie (1887), S. 624 f; zur Deliktsfähigkeit S. 743 ff; dagegen Wolff, Bd. I, S. 220.

tere Organe schaffen, eine Möglichkeit, die dem noch so beschäftigten Geschäftsherrn nicht eröffnet ist[1].

b) Bei der Erörterung der Pflicht, besondere Vertreter zu bestellen, sind die Urteile noch leidlich klar in ihren Ausführungen. Das ändert sich jedoch, sobald es an die Darlegung geht, aufgrund welcher Norm die Körperschaft für einen derartigen Organisationsmangel haften soll. Hier beginnt die These von der körperschaftlichen Organisationspflicht erst so recht "verschlungen" zu werden[2]. Bei aller Undeutlichkeit lassen sich jedoch aus der Zahl der Entscheidungen folgende zwei Begründungen herausfinden, die beide gleichermaßen in den Urteilen der Obergerichte erscheinen[3].
Die erstere[4] läuft praktisch darauf hinaus, daß die juristische Person - durch ihre Organe - schuldhaft gehandelt habe, wenn sie nicht die nach Meinung der Rechtsprechung erforderliche Bestellung eines besonderen Vertreters vorgenommen habe, daß also die Nichtbestellung eines Organs ein zum Schadensersatz verpflichtender Umstand sei. Nach dieser Konstruktion haftet die juristische Person für das schuldhafte Unterlassen der bestehenden Organe. Falls damit gemeint sein sollte, daß der Verrichtungsgehilfe, dessen Bestellung zum Organ unterblieben ist, den konkreten Schaden nicht verursacht hätte, wenn er besonderer Vertreter gewesen wäre, so wäre diese Auf-

---

1) Dieser Weg ist allerdings nur bei der Verkehrssicherungspflicht verschlossen; sonst kann sich der Geschäftsherr für fast alle Geschäfte einen Vertreter bestellen. Man sieht daran, wie widersinnig die These von der Unübertragbarkeit der Kontrollpflichten aus § 823 ist.

2) Landwehr, ACP 164, 482 ff, 501.

3) Weder zur einen noch zur anderen Gruppe läßt sich eine Zugehörigkeit bei folgenden Urteilen feststellen: RG JW 32, 2076 und 3702; 38, 1651, 1652 und 3162, 3163; HRR 35, Nr. 1514; Hans.OLG MDR 54, 355; BGH VersR 258, 260 und 1055; NJW 63, 904.

4) Es handelt sich um folgende Entscheidungen: RGZ 157, 228, 235; 162, 129, 166; JW 36, 915; OLG Celle VersR 61, 1143; ähnlich auch RGRK § 30 Anm. 2.

fassung unhaltbar[1]. Denn die Sorgfältigkeit einer Person ist wohl kaum von ihrem innerbetrieblichen Rang abhängig. Es ist deshalb eher zu vermuten, daß nach der Ansicht der Rechtsprechung der haftungsbegründende Umstand darin liegen soll, daß die Körperschaft sich sämtlicher Aufsichtspflichten entledigt hat und dann wie jede natürliche Person im gleichen Fall ohne die Möglichkeit einer Entlastung haften solle[2].

Nach der anderen Anschauung[3] haftet die Körperschaft nicht für ein Verschulden der vorhandenen Organe, sondern sie muß sich die Handlungen einer Person, die sie fälschlicherweise nicht zum besonderen Vertreter bestellt hat, zurechnen lassen, als sei diese Person zum Organ berufen worden. Sie muß sich also eine fremde Handlung wie eine - nach der Organtheorie - eigene zurechnen lassen.

Landwehr[4] vertritt die Ansicht, die Rechtsprechung könne nur im letzteren Sinn die Haftung für körperschaftliche Organisationsmängel verstanden haben. Doch sprechen schon die zur ersteren Auffassung angeführten Belegstellen[5] eindeutig dagegen.

Eine andere Frage ist jedoch, welche Begründung sich besser mit den Grundsätzen unseres Haftpflichtrechts vereinen läßt. Um das Ergebnis gleich vorweg zu nehmen, ist es am ehesten die letztere, da sie praktisch auf eine entsprechende Anwendung des § 31 auf höhere Angestellte hinausläuft. Denn die Unterstellung, daß die vollständige Abwälzung aller Aufsichtspflichten auf Verrichtungsgehilfen schuldhaft und außerdem für jeden eingetretenen Schaden ursächlich sein soll, ist zwar für das Funktionieren des von der Judikatur aufgestellten Haftungssystems von existenzieller Bedeutung, vermag aber gleichwohl nicht recht zu überzeugen.

---

1) Man muß dabei immer bedenken, daß das Verschulden in einer mangelhaften Ausübung der betrieblichen Organisationspflicht liegt.

2) RG JW 38, 1651, 1652; BGHZ 32, 53, 59.

3) Es handelt sich um die Urteile: RG HRR 35, Nr. 1515; SeuffA. 96, Nr. 68; RGZ 153, 21, 29 f; RG DR 44, 287; BGHZ 24, 200, 212; OLG Stuttgart NJW 51, 525; derselben Ansicht Erman § 30 Anm. 5.

4) Landwehr, ACP 164, 482, 492 und 498.

5) S. oben S. 89 Fußn. 4)

c) Der eigentliche Grund, warum die Rechtsprechung die Lehre vom körperschaftlichen Organisationszwang ins Leben gerufen hat, ist klar ersichtlich. Wie bei allen Hilfskonstruktionen geht es letztlich nur um eine Zurückdrängung des § 831 und der damit verknüpften Entlastungsmöglichkeit[1]. Auch bei der Haftung für körperschaftliche Organisationsmängel wurde das über die Konstruktion eines eigenen Verschuldens erreicht; denn wie bereits erwähnt, muß sich die juristische Person nach der Organtheorie die Handlungen ihrer verfassungsmäßigen Vertreter als eigene zurechnen lassen. Außerdem bietet diese Konstruktion auch einen prozeßtechnischen Vorteil. Sie ermöglicht es nämlich den Gerichten, gar nicht lange die innerbetriebliche Struktur der verklagten Körperschaft einer Prüfung unterziehen oder abwägen zu müssen, ob eine bestimmte Person nach der Satzung als Organ angesehen werden kann. Vielmehr kann es dahingestellt bleiben, welche Person die Aufsichtspflichten nach § 823 nicht wahrgenommen hat. Ist es ein verfassungsmäßiger Vertreter gewesen, so wird nach §§ 31, 823 direkt gehaftet; ist es ein höherer Angestellter gewesen, der nur Verrichtungsgehilfe ist, so hätte eben dieser zum besonderen Vertreter bestellt werden müssen und dann hätte der Schaden nicht eintreten können, ohne daß dieser die betriebliche Organisationspflicht verletzt hätte[2]. Eine derartige Urteilsbegründung entbehrt zudem nicht einmal einer gewissen Eleganz und ist in jedem Fall mit weniger Mühe zu erstellen als etwa eine Auslegung der Satzungsbestimmungen. Und was wohl das bedeutsamste Ergebnis dabei ist, der Einwand, die Wahrnehmung der betrieblichen Organisationspflicht sei den den bestellten Organen gar nicht möglich gewesen, wird damit aus dem Weg geräumt. Weist die beklagte Körperschaft auch noch darauf hin, daß ein höherer Angestellter sich um die Verkehrssicherung in dem betreffenden Bereich zu kümmern hatte und daher ein Unterlassen der Organe keinesfalls für den Schaden ursächlich geworden sein könne, ist es der sicherste

---

1) Palandt § 31 Anm. 1.

2) Vgl. die oben S. 88 , Fußn. 3) angegebenen Entscheidungen.

Weg für die Gerichte, eine Lücke im Ursächlichkeitsnachweis zu vermeiden, daß sie in einem solchen Fall verlangen, diese Person hätte zum besonderen Vertreter berufen werden müssen[1]. Wie jedoch schon Landwehr[2] in seiner gründlichen Kritik herausgestellt hat, stehen der Lehre von der körperschaftlichen Organbestellungspflicht schwerwiegende Bedenken entgegen.

Als Hilfsmittel bei einer mangelhaften personellen Ausrüstung des Vorstandes einer Körperschaft gewährt das Gesetz nach § 29 BGB die Möglichkeit, auf Antrag eines Beteiligten eine Notbestellung vorzunehmen, jedoch nur soweit überhaupt kein Vorstand vorhanden ist oder dieser, etwa nach seiner Geschäftsordnung, wegen des Fehlens von Mitgliedern beschlußunfähig ist. Ist der Vorstand dagegen handlungsfähig, so steht es der juristischen Person im übrigen frei, ob sie von der Möglichkeit der Bestellung besonderer Vertreter nach § 30 Gebrauch machen will[3], da diese für ihre Handlungsfähigkeit im Rechtsverkehr nicht erforderlich sind. Macht sie allerdings von dieser Befugnis Gebrauch, so haftet sie vollkommen zu recht für das Verhalten dieser Person nach § 31.
Nicht aber, so lautet der Haupteinwand von Landwehr[4], geht es an, auf die Körperschaft einen Bestellungszwang auszuüben[5], nur damit die Rechtsfolge einer Haftung herbeigeführt werden kann. Denn als ursprünglich wird vom Gesetz die Rechtsfolge der Vertretungsbefugnis angesehen. Die Rechtsfolge der Haftung ist eine erst daraus abgeleitete, die Billigkeitserwägungen entspricht. Die Rechtsprechung tut Unrecht daran, wenn sie, nur um den Eintritt der abgeleiteten Rechtsfolge zu erzwingen, die Körperschaft zur Organbestellung verpflichtet[6], da damit

---

1) Landwehr, ACP 164, 482 ff, 498 sieht darin die Entwicklung von einer allgemeinen Organisationspflicht zu einer konkreten.

2) Landwehr, ACP 164, 482 ff, 501; ebenso auch Neumann-Duesberg, NJW 66, 715, 716.

3) Erman § 30 Anm. 5.

4) Landwehr, ACP 164, 482 ff, 513.

5) Daß sich ein derartiger Zwang aus dem Gesetz nicht herleiten läßt, hat das RG in HRR 35, Nr. 1514 ausgeführt.

6) Soergel-Siebert § 31 Anm.18 sieht hierin einen Eingriff in die vom Gesetzgeber gewollte freie Organisationsgewalt des Vereins.

notwendigerweise eine nicht erwünschte Erweiterung der Vertretungsbefugnis einhergeht, die die Gefahr des Mißbrauchs in sich birgt[1] und die innerbetriebliche Willensbildung erschwert.

Gleich welcher der beiden von der Rechtsprechung dargebotenen Konstruktionen man folgt, keine von ihnen vermag eine einwandfreie Begründung für eine Haftung der Körperschaft wegen einer unterlassenen Organbestellung zu liefern. Denn beide gehen von der unhaltbaren Verpflichtung aus, sofern die Organe überlastet seien, müsse für die Bestellung besonderer Vertreter gesorgt werden. Landwehr lehnt daher auch die Lehre vom körperschaftlichen Organisationsmangel als falsch ab[2].

Um dieser mißlichen Lage zu begegnen, schlägt Neumann-Duesberg[3] vor, an die Stelle eines Organisationsmangels ein Übernahmeverschulden zu setzen. Aber auch diese Konstruktion bietet keine befriedigende Lösung. Denn ein Übernahmeverschulden liegt immer dann vor, wenn eine Person sich die Bewältigung von Aufgaben zumutet, die ihre Kräfte und Fähigkeiten übersteigen[4]. Maßgeblich ist also, daß der Täter eine Aufgabe übernimmt, die nicht von vornherein seine eigene ist. Der Ausgangspunkt der These vom körperschaftlichen Organisationsmangel ist jedoch ein anderer. Hier nämlich bleibt der juristischen Person nach den Grundsätzen der Rechtsprechung keine Wahl, ob sie die Verkehrssicherung auf sich nehmen will oder nicht, sondern sie ist hierzu verpflichtet. Wenn ihre Organe überlastet sind, könnte allenfalls das Problem entstehen, daß es schuldhaft ist, die Durchführung der betrieblichen Organisationspflicht nicht auf andere Personen zu übertragen. Es stellt sich also nicht die Frage eines Übernahmeverschuldens, sondern die der schuldhaften Nichtabwälzung. Und wenn die Organe diese Pflichten auf

---

1) Soweit die satzungsmäßig bestimmte Vertretungsmacht des Sonderorgans reicht, kann es mit Wirkung für und gegen die juristische Person handeln.

2) Landwehr, ACP 164, 482 ff, 513 ff.

3) Neumann-Duesberg, NJW 66, 715 ff.

4) Larenz § 19/III (S. 229); vgl. dazu auch Gamillscheg, S. 2.

Verrichtungsgehilfen abgewälzt haben, so liegt eben ein schuldhaftes Nichtweitergeben nicht vor. Vielmehr ist dann die Frage, auf welche Personen derartige Pflichten übertragen werden dürfen, ob nur auf besondere Vertreter oder auch auf Verrichtungsgehilfen. Diese Frage kann aber die Konstruktion eines Übernahmeverschuldens nicht beantworten und führt daher im konkreten Fall zu keiner Lösung.

Der Hauptfehler dieser Lehre vom körperschaftlichen Organisationsmangel liegt neben den geschilderten formaljuristischen Einwänden darin, daß die Rechtsprechung von der Unabwälzbarkeit der Verkehrssicherungspflicht generell und der betrieblichen Organisationspflicht im besonderen ausgeht.

Im rechtsgeschäftlichen Bereich besteht eine Verpflichtung der Körperschaft, ihre Befugnisse nur durch Organe wahrnehmen zu lassen, grundsätzlich nicht. Jedenfalls treffen die Ausnahmefälle, die der natürlichen Person ein höchstpersönliches Handeln vorschreiben, auf die juristische Person durchwegs nicht zu[1]. Nun wird dadurch noch nicht ausgeschlossen, daß die Körperschaft aufgrund deliktsrechtlicher Regeln hierzu verpflichtet sein kann. Allerdings bestehen auch hiergegen starke Bedenken.

Die Wahrnehmung der betrieblichen Organisationspflicht hat sicherlich in gewissen Grenzen eine gefahrverhütende Wirkung und kann daher, bei Zugrundelegung vernünftiger Maßstäbe noch mit einiger Glaubwürdigkeit als notwendig bezeichnet werden. Anders jedoch die Lehre vom körperschaftlichen Organisationsmangel. Es kann kaum ernstlich behauptet werden, daß eine Person als leitender Angestellter die Aufgaben der betrieblichen Organisation weniger gut wahrnimmt, als wenn sie zum Organ bestellt worden wäre. Also bedeutet die körperschaftliche Organisationspflicht in Wahrheit nichts anderes, als daß die juristische Person gezwungen wird, unter Verzicht auf die in § 831 gewährte Entlastungsmöglichkeit dafür zu sorgen, daß für die höheren Angestellten eine unbedingte Einstandspflicht

---

1) Es handelt sich dabei zumeist um familien- oder erbrechtliche Rechtsgeschäfte; vgl. z.B. §§ 1751, 2064, 2274 BGB.

nach § 31 besteht. Eine derartige Verantwortlichkeit war aber vom Gesetzgeber nicht gewollt. Nach dessen Absicht sollte die juristische Person nicht für jedes Verschulden ihrer höheren Angestellten haftbar sein, sondern nur für dasjenige ihrer Organe bei Auswahl und Überwachung dieser höheren Angestellten.

Eine derartige Rechtspflicht, für den Eintritt der eigenen Haftung zu sorgen, kann aber, auch wenn man von den Vorstellungen des Gesetzgebers absieht, nicht existieren. Denn das Deliktsrecht bezweckt den Schutz von Rechtsgütern. Dementsprechend kann aber auch die Judikatur in Anlehnung an die deliktsrechtlichen Vorschriften nur solche Handlungspflichten aufstellen, die den Schutz derartiger Rechtsgüter bezwecken und diese auch wirklich vor Schaden bewahren können. Das ist aber bei der körperschaftlichen Organisationspflicht nicht der Fall. Vielmehr zwingt die Rechtsprechung die Körperschaft nur dafür zu sorgen, daß dem Verletzten über § 31 auch ein Zugriff auf das Vermögen der juristischen Person ermöglicht wird. Mag es sich dabei auch um eine erstrebenswerte Zielsetzung handeln, so doch nicht um einen Erfolg, der vermittels einer deliktsrechtlichen Verhaltenspflicht herbeigeführt werden dürfte.

d) Wie bereits oben kurz angedeutet, scheint die Analogie zu § 31 immer noch die sauberste Lösung zu sein, da sie zu demselben Ergebnis führt, ohne bedenkliche Handlungspflichten vorauszusetzen[1]. Landwehr[2] meldet allerdings hiergegen Bedenken an. Er versucht nachzuweisen, daß der Gesetzgeber, als er die Organhaftung einrichtete, nicht vom allgemeinen Rechtsgedanken des cuius commodum, eius incommodum ausgegangen sei, sondern daß die Haftungsübertragung nach § 31 nur soweit eintreten solle, als ein Handeln der Organe notwendig ist, um eine Teilnahme der an sich willenlosen juristischen Person am Rechtsverkehr zu ermöglichen. Demnach dürfe auch die Analogie zu § 31 bei leitenden Verrichtungsgehilfen nicht gezogen werden, da es sich

---

1) Für eine Analogie des § 31 auch Staud.-Coing § 31 Anm. 15 e; Soergel-Siebert § 31 Anm. 23; Lenel, DJZ 02, 9, 10.

2) Landwehr, ACP 164, 482 ff, 509.

bei der Deliktshaftung nicht um eine Teilnahme am Rechtsverkehr handle, sondern reine Billigkeitserwägungen das Motiv seien. Aus diesem Grunde hätten die Gerichte auch recht daran getan, wenn sie nicht § 31 entsprechend angewandt hätten. Diese Auffassung wird aber doch zu einseitig am Willen des Gesetzgebers orientiert sein. Für die Frage, ob eine Norm einer entsprechenden Anwendung auf einen anderen Sachverhalt fähig ist, ist nicht die Auslegung maßgeblich, die dem Willen des Gesetzgebers Rechnung trägt, sondern es ist, jedenfalls nach der objektiven Ansicht[1], bei einem Wandel in der Rechtsanschauung die abgewandelte Norm unter Berücksichtigung der neuen Auffassung zu interpretieren. Die nunmehr geltende Rechtsanschauung geht aber eindeutig dahin, in § 31 eine Ausformung des Billigkeitsgedankens zu sehen[2], nämlich die Regelung, daß derjenige, der die Vorteile einer Einrichtung genieße - und die juristische Person kann ihren Aktionsradius durch Bestellung neuer Organe erweitern -, auch die daraus resultierenden Nachteile in Kauf zu nehmen habe[3]. Einer entsprechenden Anwendung der Organhaftungsgrundsätze auf die leitenden Verrichtungsgehilfen, denen die erforderliche betriebliche Bedeutung und Freiheit in der Entscheidung zukommt[4], hätte demnach nichts im Wege gestan-

---

1) Vgl. hierzu BVerfG 1, 299, 312; RGZ 145,359, 366; Staud.-Coing, Einl. vor § 1 BGB Anm. 55 f; wo ausgeführt ist, auch die subjektive Auffassung komme zu demselben Ergebnis; ebenso auch Larenz, Methodenlehre, S. 237 ff.

2) Wolff, Bd. I, S. 221; Staud.-Coing § 31 Anm. 15 e; v. Caemmerer, S. 117; v. Thur Allgemeiner Teil Bd. I, S. 464 und 539; Soergel-Siebert § 31 Anm. 23; Erman § 31 Anm. 1. Das beste Beispiel hierfür bietet die Rspr. selbst mit der extensiven Auslegung des § 31, der Haftung für körperschaftliche Organisationsmängel und der Erstreckung des § 31 auf die handelsrechtlichen Personengesellschaften.

3) Der Versuch, die §§ 30, 31 aus dieser Sicht heraus zu interpretieren, ist in RGZ 157, 228, 235 und RGZ 162, 129, 166 gemacht. Also spätestens zur Zeit der Anfänge der Lehre vom körperschaftlichen Organisationsmangel war in der Rspr. diese Auffassung vorherrschend.

4) Es ist nur von einer analogen Anwendung auf solche Personen die Rede, da nur insoweit die für einen Analogieschluß erforderliche Rechtsähnlichkeit der Tatbestände besteht; vgl. dazu Larenz, NJW 65, 1, 4 ff.

den. Damit wäre die Haftung der juristischen Person für das Verschulden von Angestellten in führenden Positionen nicht mehr davon abhängig gewesen, ob in der Satzung von der Möglichkeit einer Bestellung nach § 30 Gebrauch gemacht worden ist. Die Gerichte haben sich jedoch nicht für diesen Weg entschlossen, sondern haben den beiden geschilderten Konstruktionen den Vorzug gegeben.

e) Vom Blickpunkt der Haftung für Gehilfenverschulden aus gesehen stellt die Lehre von der körperschaftlichen Organisationspflicht eine eigene Zurechnungsregel dar[1], die ebenfalls zu einer Ausschaltung der Entlastungsmöglichkeit des § 831 führt. Das geschieht bei dieser Konstruktion dadurch, daß, bildlich gesprochen, in der betrieblichen Hierarchie die Führungsspitze erweitert wird und dadurch eine Anzahl von leitenden Angestellten mit in den Kreis der verfassungsmäßigen Vertreter einbezogen werden. Auf diese Weise wird die dezentralisierte Entlastung wenigstens teilweise rückgängig gemacht. Denn wenn höhere Angestellte, ohne daß sie wirklich zu Organen bestellt worden sind, wie Organe behandelt werden, kann sich die juristische Person von der Haftung für deren Verschulden nicht mehr mit dem bei Führungskräften in der Regel unschwer zu erbringenden Nachweis sorgfältiger Auswahl und Überwachung befreien, sondern sie muß sich deren schuldhaftes Handeln als eigenes zurechnen lassen.
Ein von der Rechtsprechung dergestalt als verfassungsmäßiger Vertreter behandelter leitender Angestellter hat in seinem besonderen Zuständigkeitsbereich die betriebliche Organisationspflicht wahrzunehmen. Bei einem solchen "Organ", das den unteren ausführenden Hilfskräften organisatorisch näher steht, ist es nicht mehr von vornherein ausgeschlossen, daß es sich auch um die Belange der Verkehrssicherung kümmern kann. Jedenfalls trägt die Rechtsprechung keine Bedenken denjenigen, der nach der innerbetrieblichen Aufgabenverteilung für den jeweiligen Geschäftsbereich die oberste Leitung der Gefahrenabwehr tat-

---

1) Neumann-Duesberg NJW 66, 715, 716.

sächlich übernommen hat, im Ernstfall mit Hilfe der Lehre vom körperschaftlichen Organisationsmangel wie ein Organ zu behandeln. Derart kann der Körperschaft ein Verschulden eines leitenden Angestellten zugerechnet werden, das dieser bei der Wahrnehmung der betrieblichen Organisationspflicht begangen hat, ohne daß noch der Vorwurf berechtigt wäre, eine Pflichtverletzung seitens satzungsmäßiger Organe habe im konkreten Fall nicht vorliegen können. In Verbindung mit der betrieblichen Organisationspflicht wird diese Konstruktion meistens zu einer Haftung führen. Behauptet die juristische Person, ein Verschulden ihrer Organe habe nicht vorgelegen, so wird dieser Einwand ohnehin kaum anerkannt werden. Verteidigt sie sich mit der Überlastung ihrer Organe, so hätte eben der Leiter der unteren Stelle, die sich mit der Verkehrssicherung zu befassen hatte, zum Organ berufen werden müssen.
Jedoch entstehen auch hier von der Sache her nicht gerechtfertigte Ungleichheiten, denn auch eine natürliche Person kann Trägerin einer weitverzweigten, umfangreichen Organisation sein[1]. In einem solchen Fall greift jedoch die Lehre vom körperschaftlichen Organisationsmangel nicht ein, so daß eine juristische Person vergleichbaren Umfanges schärfer haften würde.

Zusammenfassend kann gesagt werden,daß das Ziel der Rechtsprechung, durch die Gleichstellung leitender Angestellter mit den satzungsmäßigen Organen eine Zurückdrängung des dezentralisierten Entlastungsbeweises zu erreichen, im Prinzip durchaus billigenswert ist; nur hat die Judikatur dabei eine wenig glückliche Konstruktion gewählt.

III

Einen Ausweg aus den Schwierigkeiten unseres außervertraglichen Gehilfenhaftpflichtrechts sieht Pleyer[2] in einer Anwendung des

---

1) Landwehr, ACP 164, 482 ff, 509.

2) Pleyer, ACP 161, 500 ff; außerdem ACP 156, 291 ff; JZ 59, 305; 61, 500; 63, 95.

§ 1004 BGB. Nach seiner Meinung ist das Verhältnis des Unternehmers zu seinem Unternehmen dasselbe wie das des Störers zu seiner störenden Sache. Deshalb müßten die aus einer Beeinträchtigung resultierenden Rechtsfolgen auch an die Stellung des Unternehmers angeknüpft werden können. Der Unternehmer sei demzufolge ohne Rücksicht auf irgendwelches Verschulden, nur aufgrund der objektiven Rechtswidrigkeit der aus seinem Unternehmen fließenden Beeinträchtigung, zur Beseitigung von Störungen verpflichtet. Diese Rechtsfolge müsse auch dann gelten, wenn der Schaden durch ein Versehen eines Gehilfen, das nicht gerade in der Willensrichtung des Unternehmers liege[1], ja sogar durch eine vorsätzliche Pflichtwidrigkeit verursacht werde. Die freie Dispositions- und Nutzungsbefugnis an dem Unternehmen stehe dem Unternehmer zu, und aufgrund dieser Tatsache sei er zwar nicht Störer, jedoch allein berechtigt und auch tatsächlich in der Lage, die Beeinträchtigung zu beseitigen, und müsse daher wie ein Störer behandelt werden.

Pleyer erläutert seine Ansicht an einem Beispiel mit einem Stausee[2]: falls dieser durch Versehen des Wächters auslaufe, sei der die Anlage betreibende Unternehmer zur Beseitigung der Folgen aufgrund der Bestimmung des § 1004 verpflichtet. Unter die Beseitigungspflicht sollen jedoch nur solche Beeinträchtigungen fallen, die sich im Rahmen des von dem Unternehmen verfolgten Zwecks ereignen. Außerdem würden von dem Beseitigungsanspruch Fälle der Beeinträchtigung infolge höherer Gewalt nicht erfaßt.

Gegen diese weitgehende Interpretation des Beseitigungsanspruchs[3] wird von der h.M.[4] zu recht eingewandt, hierdurch

---

1) Sofern das der Fall ist, haftet der Unternehmer direkt aus § 823; vgl. BGH NJW 56, 1715; 66, 2219, 2221.

2) Pleyer, ACP 161, 500 ff, 502.

3) Besondere Bedeutung hat diese Vorschrift durch analoge Anwendung im Bereich der Immaterialgüterrechte und des gewerblichen Rechtsschutzes erlangt.

4) Larenz § 70 (S. 478 ff); Baur, ACP 160, 465 ff, 487 ff; v. Caemmerer, S. 130; Fikentscher § 114/II 1 (S. 663); widersprüchlich: Westermann § 36/II 1 (S. 178) und § 36/II 2 (S. 179).

würde das Verschuldensprinzip des BGB "aus den Angeln gehoben"[1], insofern als nämlich ein Schadensersatzanspruch in das Gewand eines zivilrechtlichen Beseitigungsanspruchs gekleidet werde, der seinerseits nur geringere Anforderungen an die Anspruchsbegründung stelle. Gerade weil Beseitigung der Beeinträchtigung und Schadensersatz oftmals weitgehend parallel laufen[2], besteht die Gefahr, daß diese Konstruktion auf eine Gewährung von Schadensersatz ohne Verschulden hinausläuft[3]. Deshalb ist im Interesse einer klaren Abgrenzung die Reichweite des Beseitigungsanspruchs auf den contrarius actus zu beschränken. Der Berechtigte muß so gestellt werden, daß er in Zukunft nicht mehr gestört werden kann; es ist also nur die Störungsstelle selbst zu beseitigen[4]. Ist ein derartiger contrarius actus nicht möglich, so entfällt der Anspruch[5]. Denn während die beim Schadensersatzanspruch erfolgende Naturalrestitution nach § 249 darauf abzielt, den ex-ante-Zustande, also die Vermögenslage vor Beginn der schadenstiftenden Handlung wiederherzustellen, handelt es sich bei der Beseitigungsklage des § 1004 um die Beseitigung einer zumindest noch andauernden Beeinträchtigung, nicht aber der bereits eingetretenen Schadenfolgen.

Weiterhin hält es die h. M. entgegen Pleyer für erforderlich, daß die Beeinträchtigung auf eine Willensbetätigung des Störers zurückgeführt werden kann. Über die Art der Ursächlichkeit herrschen allerdings unterschiedliche Ansichten. Während

---

1) Larenz § 70 (S. 478).

2) Wie etwa in dem von Pleyer gewählten Stausee-Beispiel; vgl. zu diesen Fragen auch Baur, ACP 160, 465 ff, 466 und 492; Larenz § 70 (S. 480).

3) Auf die Schwierigkeiten bei der Abgrenzung weisen hin: Baur, ACP 160, 465 ff, 487 ff sowie Larenz § 70 (S. 479).

4) Larenz § 70 (S. 479); Staud.-Berg § 1004 Anm. 32; in dem Staudamm-Beispiel von Pleyer hätten die beeinträchtigten Nachbarn lediglich einen Anspruch darauf, daß der Stausee wieder geschlossen wird, nicht daß eingedrungenes Wasser aus den Kellern gepumpt wird.

5) Baur, ACP 160, 465 ff, 490.

die Rechtsprechung[1] sich mit einer mittelbaren, wenn auch maßgeblichen Verursachung begnügt, die auf eine adäquate Ursächlichkeit hinauszulaufen scheint[2], wird in der Lehre[3] teilweise eine unmittelbare Verknüpfung von Willensbetätigung und Beeinträchtigung für erforderlich gehalten. Gerade aber, daß die Beeinträchtigung durch ein Gehilfenverschulden wenigstens auf einer maßgeblichen Willensbetätigung des Unternehmers beruhen soll, kann in der Regel der Fälle wohl kaum angenommen werden. Denn im Interesse des Unternehmers liegt nur die sachgerechte Ausübung der übertragenen Tätigkeit, nicht aber deren Abirren in eine Fehlhandlung.

Berücksichtigt man mit der h.M. diese beiden Einschränkungen des Abwehranspruchs nach § 1004, nämlich die Beschränkung auf die Beseitigung der unmittelbaren Beeinträchtigung sowie das Erfordernis einer Willensbetätigung des Unternehmers von nicht ganz untergeordneter Ursächlichkeit, so ist nicht recht zu erwarten, daß die Beseitigungsklage dem Verletzten einen auch nur annähernd ausreichenden Ausgleich für einen Schadensersatzanspruch gegen den Geschäftsherrn darstellen kann.

---

1) RGZ 159, 129; 136; 155; 316, 319; BGHZ 14, 163, 174; 17, 266, 291; 29, 314, 317.

2) BGHZ 19, 126, 130; Meisner-Stern-Hodes § 38 a/II 1 (S. 536); Palandt § 1004 Anm. 4.

3) Stoll, ACP 162, 203, 220; Staud.-Berg § 1004 Anm. 29.

B

Nachdem bislang diejenigen Hilfskonstruktionen behandelt wurden, die gemeinsam ein eigenes Verschulden des Geschäftsherrn oder der Organe der juristischen Person zur Voraussetzung haben, soll der Vollständigkeit halber noch kurz auf die Haftungen für fremdes Verschulden hingewiesen werden. Es handelt sich dabei um die Ausdehnung der Staatshaftung für hoheitliches Handeln, die Erweiterung der vertraglichen Haftung für Erfüllungsgehilfen nach § 278 und, systematisch nicht ganz hierher passend, die Grundsätze, die von der Rechtsprechung zum Freistellungsanspruch bei schadensgeneigter Arbeit entwickelt worden sind. Da diesen Rechtsinstituten im Schrifttum bereits hinreichend Raum gewidmet worden ist, genügt es für die Zwecke dieser Abhandlung, die Bedeutung dieser Konstruktionen für die Gehilfenhaftung herauszustellen.

I

Die Staatshaftung [1] für Verschulden der Beamten bei Durchführung hoheitlicher Aufgaben hat in unserem BGB keine Regelung gefunden; in § 839 ist nur die Eigenhaftung des Beamten normiert worden. Eine für den Geltungsbereich des BGB einheitliche Festlegung der Amtshaftungsgrundsätze hat erst die WV von 1919 in ihrem Art. 131 getroffen [2], der nunmehr durch den inhaltsgleichen [3] Art. 34 GG abgelöst worden ist.

---

1) Unter Staatshaftung soll die Haftung sämtlicher öffentlich rechtlicher Körperschaften verstanden werden.

2) Vor 1919 hatten die meisten Bundesländer von der Möglichkeit des Art. 77 EGBGB Gebrauch gemacht. Vgl. zur geschichtlichen Entwicklung Soergel-Siebert § 839 Anm. 3. Über die Fortgeltung des Art. 131 WV über 1933 hinaus vgl. RGZ 149, 170; Larenz, Vertrag und Unrecht, Bd. II, S. 58.

3) Einigkeit besteht darüber, daß trotz des unterschiedlichen Wortlauts keine sachliche Änderung eingetreten ist; vgl. Soergel-Siebert § 839 Anm. 20; Forsthoff § 16 (S. 295); Esser § 206/ 4 a (S. 894); Jahn, DÖV 65, 265, 266.

Erst diese beiden Verfassungsbestimmungen aber sind es, die die Amtshaftungsgrundsätze vom Blickpunkt der Gehilfenhaftung aus interessant erscheinen lassen. Sie ermöglichten es der Rechtsprechung, in Verbindung mit § 839 den § 831 zu umgehen. Hierzu waren jedoch einige recht einschneidende Korrekturen erforderlich, von denen praktisch alle Tatbestandsmerkmale des § 839 sowie der Art. 131 WV und 34 GG betroffen wurden [1].

Wie der in Art 131 WV noch enthaltene Begriff der "öffentlichen Gewalt" bei unbefangener Auslegung eigentlich interpretiert werden muß, sollte auch ursprünglich die Staatshaftung nur dann bestehen, wenn eine Pflichtverletzung in Ausübung öffentlichen Zwanges erfolgt, also nur im Subordinationsbereich eintreten [2]. Diese Beschränkung hat die Rechtsprechung jedoch im Laufe der Zeit fallen gelassen. Nach der Judikatur genügt es, wenn die Tätigkeit des Beamten sich im hoheitlichen Bereich bewegt. Dabei wird als hoheitlich jedes Handeln angesehen, das nicht rein fiskalischer Art ist [3], wobei die Abgrenzung im Einzelfall nach der Art der Zielsetzung der Tätigkeit vorgenommen wird [4]. Sofern einer Behörde hoheitliche Befugnisse zustehen, wird sogar vermutet, daß sie davon Gebrauch macht [5]. Dieser Entwicklung hat der Gesetzgeber insoweit Rechnung getragen, als er den Begriff der öffentlichen Gewalt durch den des "öffentlichen Amtes" in Art. 34 GG ersetzt hat. Jedoch herrscht Einigkeit darüber, daß es für den rein fiskalischen Bereich bei der Anwendung der §§ 89, 31, 831 verbleiben soll [6].

---

1) Die Ausdehnung der Staatshaftung zu Lasten des § 831 haben besonders hervorgehoben: Forsthoff § 16 (S. 296 ff); Esser, Gefährdungshaftung, S. 38; Münzel, NJW 66, 1341 ff und 1639 ff; Soergel-Siebert § 831 Anm. 1; Jahn, DÖV 65, 265, 266 mit zahlreichen Beispielen; Weitnauer, Juristenjahrbuch Bd. 4, 214 ff, 221.

2) Münzel NJW 66, 1341, 1342; Forsthoff § 16 (S. 297).

3) Auch fürsorgliche Staatstätigkeit fällt darunter: RGZ 121, 254, 256, 147, 275, 278; 155, 186, 189; 164, 274, 276; BGHZ 34, 20, 21.

4) Hierzu Erman § 839 Anm. 2 B b; Palandt § 839 Anm. 2 c aa.

5) BGHZ 4, 266, 268.

6) Forsthoff § 16 (S. 297); ebenso v. Mangoldt-Klein, Das Bonner Grundgesetz Bd. II, Art. 34 Anm. III 2 a.

Diese Ausweitung des Bereichs hoheitlicher Betätigung wird ergänzt durch die Ausdehnung des Beamtenbegriffs. Nach der Interpretation des RG sind nicht nur diejenigen Personen Beamte im Sinne des Art. 131 WV, die ihre Anstellung auf einen beamtenrechtlichen Bestellungsakt zurückführen, sondern alle diejenigen Amtsträger, die hoheitliche Funktionen im oben geschilderten Sinn wahrnehmen, also auch Angestellte im öffentlichen Dienst [1]. Auch diese Änderung ist im GG berücksichtigt und der Begriff "Beamter" ist in Art. 34 nicht mehr aufgenommen worden. Forsthoff [2] hält die Erweiterung des Kreises der Personen, für die gehaftet wird, für begrüßenswert, da es aus der Sicht des Verletzten gleichgültig sei, ob der Schaden durch einen Beamten oder Angestellten verursacht sei. Da aber § 839 nicht entsprechend abgeändert worden ist, bestehen nunmehr zwei unterschiedliche Beamtenbegriffe; die weite Fassung gilt nur bei hoheitlichem Handeln, während im rein fiskalischen Bereich nur der als Beamter gilt, wer nach Beamtenrecht diese Qualifikation aufweist.

Auch das Merkmal der einem Dritten gegenüber bestehenden Amtspflicht hat die Zeit vom Inkrafttreten des BGB an nicht ohne tiefgreifende Änderung in der Auslegung überdauert. Sinn dieses Merkmals war es, aus dem Katalog der Pflichten des Beamten nur diejenigen herauszuheben, die er bei seinen Amtshandlungen jeweils unmittelbar einer konkreten Person gegenüber wahrzunehmen hat [3], und sie von denen zu trennen, die lediglich seiner Behörde oder der Allgemeinheit gegenüber bestehen. Inzwischen ist jedoch diese Unterscheidung, wenn sie auch grundsätzlich noch aufrechterhalten wird, praktisch aufgehoben. Es werden gewisse Amtspflichten allgemeiner Natur als ausreichend angesehen, etwa die

---

1) RGZ 142, 190, 196; 151, 385, 386; 165, 91, 99; Erman § 839 Anm. 2 B d; Larenz § 67/VII (S. 450); Soergel-Siebert § 839 Anm. 30 ff; Forsthoff § 16 (S. 296).

2) Forsthoff § 16 (S. 297).

3) Münzel, NJW 66, 1341, 1342.

Pflichten, die jedem Teilnehmer am Straßenverkehr obliegen [1]; ebenso genügt der Verstoß gegen die Pflicht, bei der Amtsausübung auf geschützte Rechtsgüter Dritter gebührend Rücksicht zu nehmen [2]; selbst sachgerechte Ermessensbetätigung [3] und Einhaltung der vorgeschriebenen Kompetenzen [4] werden als Amtspflichten gegenüber Dritten angesehen. In Wahrheit handelt es sich dabei jedoch nur um Obliegenheiten, die der Allgemeinheit gegenüber bestehen, nicht aber gegenüber einem konkreten Rechtssubjekt.
Eine Erweiterung der Staatshaftung wurde also in zweierlei Richtung vorgenommen: sie erfolgte durch eine Vergrößerung des hoheitlichen Bereichs der Verwaltung zu Lasten des fiskalischen, also eine Ausdehnung der haftungsübertragenden Norm des Art. 34 GG [5], sowie durch eine Ausdehnung des eigentlichen Deliktstatbestandes selbst und des Kreises der darunter fallenden Personen.
Leider findet sich auch hier eine weitläufige Kasuistik, ohne daß es zur Herausbildung einer innerlich gerechtfertigten Trennung des hoheitlichen vom fiskalischen Bereich gekommen wäre. Auf einigen Grenzgebieten [6] wie vor allem der Straßenverkehrssicherungspflicht [7] bestehen immer noch Unstimmigkeiten [8]. So ist es nicht recht einzusehen, wes-

---

1) BGHZ 16, 111, 116; 21, 48, 51; 29, 38, 42; 42 176, 180.

2) BGHZ 11, 181, 189; RGZ 91, 381, 384.

3) RGZ 140, 423, 430; 146, 369, 375.

4) RGZ 140, 423, 428; 144, 391, 395.

5) Zu diesem Begriff Westermann JuS 61, 333, 337; da nur eine Haftungsübertragung auf die anstellende Körperschaft stattfindet, unterliegt deren Haftung denselben Beschränkungen aus § 839 Abs. I S. 2, Abs. II und Abs. III, wie die persönliche Haftung des Beamten; vgl. BGHZ 4, 10, 46.

6) So soll z.B. die Bundespost eine hoheitliche, die Bundesbahn aber eine fiskalische Tätigkeit ausüben; vgl. RGZ 158, 83, 91.

7) Einen Überblick über die neuere Rspr. geben Kleinewefers und Wilts in VersR 65, 397 ff.

8) Entgegen der Auffassung der Rspr. steht die Lehre überwiegend auf dem Standpunkt, daß die Straßenverkehrssicherungspflicht grundsätzlich öffentlich-rechtlicher Natur sei. Vgl. Forsthoff § 20/1 (S. 373); Spanner, Grenzen zwischen öffentlichem Recht und bürgerlichem Recht im Wegerecht; Jahn, JuS 65, 165; vgl. auch Larenz § 67/VII (S. 452) und die dort (Fußn. 3) angegebene Literatur.

halb die allgemeine Straßenverkehrssicherungspflicht fiskalischen Charakter haben soll - sie liegt den meisten Urteilen zugrunde, die sich mit der Haftung für betriebliche und körperschaftliche Organisationsmängel befassen -, die Wegereinigungspflicht aber, die einen Teilausschnitt hieraus darstellt, öffentlich-rechtlicher Natur sein soll [1]. Diese Kontroverse haben die neuen Landesstraßengesetze [2] anscheinend zugunsten einer öffentlich-rechtlichen Auffassung von der Straßenversicherungspflicht entschieden. Zusammenfassend läßt sich sagen, daß der Versuch der Rechtsprechung,über Art. 34 GG und § 839 BGB den § 831 auszuschalten verständlich ist. Dabei ist der Unterschied in der Haftung bei privatrechtlichem und hoheitlichem Handeln der Sache nach kaum gerechtfertigt [3]. Außerdem wird heute die Subsidiarität [4] der Staatshaftung bei fahrlässigen Pflichtwidrigkeiten, die ja das Gros der Schadenfälle ausmachen, zunehmend als untragbar empfunden [5]. Diese Subsidiarität soll nach dem Referentenentwurf 1967 beseitigt werden [6]. Aber auch nach der dortigen Regelung tritt eine Staatshaftung nur bei hoheitlichem Handeln ein; die Haftung für den fiskalischen Bereich soll ganz aus § 839 herausgenommen werden und sich nach der allgemeinen Gehilfenhaftung, dem neuen § 831 richten.

---

1) BGHZ 9, 373, 378; 27, 278 ff; hierzu auch Kleinewefers und Wilts, VersR 65, 397 ff und Münzel NJW 66, 1639, 1640.

2) Vgl. z.B. § 67 Wü.-Bad. LStrWG v. 20.3.1964; hierzu auch BGH VersR 64, 307, 308.

3) Larenz § 67/VII (S. 455); Münzel, NJW 66, 1639, 1644 f.

4) Diese trifft vorallem Versicherer und Sozialversicherungsträger, da für den Verletzten der Anspruch aus dem Versicherungsverhältnis eine anderweitige Ersatzmöglichkeit darstellt und daher die Legalzession der §§ 67 VVG, 1542 RVO nicht eintritt.

5) Esser § 206/8 (S. 897); Ermen JZ 55, 294; Münzel NJW 66, 1343.

6) Vgl. hierzu die Begründung zum Referentenentwurf, S. 115 f.

II

Einen besonders weiten Teil des Gehilfenhaftungsrechts hat sich im Laufe der Zeit § 278 in Verbindung mit verschiedenen Rechtsinstituten erobert [1]. Zwar haben h.L. [2] und Rechtsprechung [3] es immer abgelehnt, § 278 auch außerhalb bestehender Schuldverhältnisse anzuwenden. Um aber trotzdem, wenigstens in einer Anzahl von Fällen, die unbedingte Einstandspflicht des § 278 nutzen zu können, hat man sich damit beholfen, nebenvertragliche Schutz- und Sorgfaltspflichten [4] sowie "Schuldverhältnisse ohne primäre Leistungspflicht" [5] zu begründen [6].

1) Die Verletzung derartiger Schutz- und Sorgfaltspflichten im vorvertraglichen Stadium erfüllt den Tatbestand einer sog. culpa in contrahendo [7]. Es ist anerkannt, daß bereits die vorvertraglichen Beziehungen zwischen den Parteien ein gesetzliches Schuldverhältnis schaffen, kraft dessen gegenseitige Rücksichts- und Obhutspflichten bestehen. Diese Obliegenheiten stellen konkrete Schuldverbindlichkeiten dar, im Rahmen derer für Hilfspersonen nach § 278 und nicht nur nach § 831 gehaftet wird [8]. Soweit herrscht in Lehre und

---

1) Rother, S. 134; Süß, DRWiss. 42, 185 ff, 198 Fußn. 13 und 203; Westermann JuS 61, 333, 340; Helm ACP 166, 389 ff, 405.

2) Larenz § 19/VIII (S. 233); Esser § 58 (S. 214 ff); Palandt § 278 Anm. 1.

3) RGZ 99, 263, 264; 113, 293, 296; 160, 310, 315; BGH VersR 65, 240, 241.

4) Larenz / 1/I (S. 6) spricht hier von "weiteren Verhaltenspflichten"; eine nähere Aufgliederung dieser Pflichten findet sich bei Esser § 33 (S. 108 ff) und § 79 (S. 340 ff).

5) Larenz § 1/I (S. 9).

6) Gegen diese Bestrebungen Böhmer, MDR 64, 968 ff.

7) Jhering, Culpa in contrahendo, JherJhb. 4,1 ff; Stoll, Die Lehre von den Leistungsstörungen (1936); Larenz § 4/V (S. 39 ff); Staud.-Werner § 278 Anm. 6 - 9; Nirk, Festschr. für Möhring (1965), S. 385 ff.

8) Larenz § 19/VIII (S. 236).

Rechtsprechung grundsätzliche Einigkeit. Schwierig sind jedoch auch hier wieder bestimmte Grenzfälle zu entscheiden. Besonders bekannt geworden sind in diesem Zusammenhang die sog. Warenhausfälle, unter ihnen vorallem der Linoleumteppichfall [1], der grundlegende Bedeutung erlangt hat. Je nach dem ob der Verletzte vor dem Schadenfall bereits Kaufabsichten gezeigt hat oder nicht, kommt man zu recht unterschiedlichen Ergebnissen, was die Haftung anbelangt. Nur wenn bereits geschäftliche Kontakte bestanden haben [2], bevor der Unfall eintritt, ist ein gesetzliches Schuldverhältnis entstanden, in dem § 278 Anwendung finden kann. In den übrigen Fällen muß es bei der rein deliktischen Verantwortlichkeit bleiben, da ja die Verkehrssicherungspflicht keine Schuldverbindlichkeit begründet. Daß diese Unterscheidung kaum wünschenswert ist, da sie oftmals zu ungerechten Ergebnissen führt, ist bereits öfter hervorgehoben worden [3]. Zu Recht weist v. Caemmerer [4] darauf hin, daß durch diese weite Ausdehnung vertraglicher Schutzpflichten das Institut der culpa in contrahendo zweckentfremdet wurde, da es sich hier nicht mehr um eigentliche Fälle von Vertrauensschutz handelt. Der Vertrauensschutz bei Vertragsverhandlungen hat in den §§ 306 ff BGB eine ausreichende Regelung gefunden. Weitere vorvertragliche Schuldpflichten wollte der Gesetzgeber eben einfach nicht aufstellen. Es handelt sich mithin um eine eigenständige Rechtsfortbildung, die nur in Anlehnung an die Haftung für culpa in contrahendo erfolgte [5].

---

1) RGZ 78, 239; vgl. auch BGH NJW 62, 31, 32; eine Anwendbarkeit des § 278 wurde abgelehnt in RGZ 74, 124; 113, 239, 296; JW 13, 23.

2) Nach Larenz § 4/V (S. 39) und MDR 54, 515, 518 genügt ein Kontakt auf der Ebene des Geschäftsverkehrs, ohne spezielle Kaufabsicht; ebenso BGH NJW 62, 31, 32.

3) Weigert, S. 10 ff; v. Caemmerer, S. 56 und 58; Larenz, MDR 54, 515.

4) v. Caemmerer, S. 57.

5) So auch Larenz § 19/VIII (S. 236).

v. Caemmerer sieht darin ganz zu Recht eine Einbeziehung von allgemeinen Verkehrspflichten in den vertraglichen Bereich, die jedoch auf die Fälle beschränkt bleibt, in denen geschäftlicher Kontakt besteht. Dabei existieren, mit vielleicht geringen Unterschieden in ihrer Intensität, eben dieselben Sorgfalts- und Obhutspflichten, wie sie im vorvertraglichen und überhaupt im vertraglichen Bereich von der Rechtsprechung bejaht werden, auch nach Deliktsrecht; nur gelten sie dann als Verkehrspflichten lediglich der Allgemeinheit gegenüber. Erst durch die Einbeziehung in eine konkrete Schuldverbindlichkeit werden sie hinsichtlich der geschätzten Personen derart bestimmt, daß eine Anwendung des § 278 möglich wird. Aber gerade die Tatsache, daß sich bei der Verletzung derselben Pflichten, also fast demselben Unrechtsgehalt der schadenstiftenden Handlung, derartige Unterschiede in der Haftungsfolge ergeben, erweckt das Mißbehagen an dem bestehenden Ergebnis.
Ganz ähnlich ist auch das Rechtsinstitut der positiven Vertragsverletzung [1] dazu benutzt worden, gewisse allgemein bestehende Sorgfaltspflichten in die Vertragshaftung mit einzubeziehen [2]. Es kommen dafür jedoch nur solche Schadenfälle in Betracht, die nach Abschluß eines Vertrages eintreten. Der Schuldner haftet dann für seine Angestellten nach § 278, ebenfalls mit der Folge einer Ausschaltung der

---

1) Staub, Die positiven Vertragsverletzungen (2. Aufl. 1913); Stoll, Die Lehre von den Leistungsstörungen (1936); ders. ACP 136, 257 ff; Larenz § 23/I (S. 277 ff); Köpke, Typen der positiven Vertragsverletzung (1965); Enn.-L. § 55 (S. 234 ff).

2) Larenz § 19/VIII (S. 236). - Canaris, JZ 65, 475 ff, will die Haftung für positive Vertragsverletzung aus dem vertraglichen Band herauslösen und zusammen mit der Haftung für culpa in contrahendo auf ein einheitliches gesetzliches "Schutzverhältnis" zurückführen, das neben dem vertraglichen "Leistungsverhältnis" besteht und von dessen rechtlichem Schicksal unabhängig ist. Ziel dieser Bestrebungen ist es, Ansprüche aus positiver Vertragsverletzung auch bei nichtigen oder angefochtenen Verträgen gewähren zu können.

Entlastungsmöglichkeit des § 831 [1]. Die hierbei auftauchenden Probleme sind denen bei der Haftung für culpa in contrahendo ähnlich und sollen darum nicht weiter untersucht werden. Jedenfalls verfährt die Judikatur recht großzügig bei der Ausweitung vertraglicher Schutzpflichten. So bezeichnete das RG in einem Fall [2] einen Rennfahrer als Erfüllungsgehilfen des Rennveranstalters bei dessen Pflicht den Zuschauern gegenüber, alles zu unterlassen, was deren Unversehrtheit gefährden könnte. Dergleichen Beispiele finden sich bei Durchsicht der Rechtsprechung recht häufig [3].

Bei einer zweiten Gruppe von Fällen war es umstritten, ob § 278 zur Anwendung kommen könne. In der Literatur hervorgetretene Bestrebungen [4], den § 831 im Nachbarrecht durch Anwendung des § 278 im Rahmen eines nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnisses auszuschalten, sind von der Rechtsprechung [5] ausschließlich ablehnend beurteilt worden.
Diese Frage kann nunmehr als zugunsten einer rein deliktischen Haftung nach §§ 823 ff entschieden gelten.

---

1) Bei Dienst-, Werk- und Gastaufnahmeverträgen hat der BGH angenommen, daß der Unternehmer bei positiven Vertragsverletzungen den Beweis dafür zu erbringen hat, daß weder er noch sein Erfüllungsgehilfe den Schaden verursacht hat. Vgl. BGHZ 23, 288, 290 f; 27, 79, 85 und 236, 238; 28, 251, 254; BGH MJW 64, 33, 35 f; Im Schrifttum überwiegt heute die Ansicht, daß § 282 BGB für alle Fälle von positiven Vertragsverletzungen gelten solle; vgl. dazu die Nachweise bei Larenz § 23/ I b (S. 282, 285) und Erman § 282 Anm. 4.

2) RG JW 30, 2925; dazu kritisch Esser, Gefährdungshaftung, S. 40.

3) So z.B. RG JW 12, 686, 687; Dienstpersonal eines entgegenkommenden Zuges als Erfüllungsgehilfen der Bahn bei der Pflicht, einen Zusammenstoß mit einem Personenzug zu vermeiden; vgl. auch KG JW 32, 2086; BGH VersR 65, 240, 241 und die weiteren zahlreichen Beispiele bei Geigel, Kap. 22, Rdn. 155 ff; stark einschränkend jedoch BGH VersR 65, 38, 39 f.

4) Westermann § 63/IV 2 (S. 314); Erman-Westermann § 909 Anm. 1; Mühl, NJW 60, 1133, 1136; ablehnend: Ruhkopf, VersR 64, 798; Böhmer, MDR 59, 261 und 904; 64, 968, 970; Staud.-Berg § 909 Anm. 4; Palandt-Hoche § 909 Anm. 3; Heiseke MDR 61, 461.

5) Nunmehr grundsätzlich BGHZ 42, 347 ff; BGH VersR 65, 689; vorher schon BGH MDR 60, 298; VersR 60, 134, 135; ebenso bereits RGZ 132, 51, 56 ff; a.A. OLG Düsseldorf VersR 59, 529.

2) Die kühnsten und rechtlich interesantesten Hilfskonstruktionen zur Anwendung des § 278 sind diejenigen, die eine Ausdehnung von gesetzlichen oder vertraglichen Schutzpflichten auf zunächst unbeteiligte Dritte Personen gestatten [1]. Es handelt sich dabei um besonders gelagerte Fälle von positiven Vertragsverletzungen [2]. Auch bei ihnen dreht es sich im Grunde nur darum, Verkehrspflichten in ein vertragliches Gewand zu kleiden, um wenigstens einem gewissen Kreis von besonders schutzwürdig erscheinenden Personen eine Ersatzmöglichkeit eröffnen zu können, die von den Zufälligkeiten des Entlastungsbeweises in § 831 unabhängig ist [3].

Dieser, wie Larenz [4] ihn nennt, "konstruktive Mißbrauch" des Instituts des Vertrags zugunsten Dritter begann mit einer direkten Anwendung des § 328 BGB, wie etwa in dem berühmt gewordenen Gasuhrfall [5] und einer Reihe weiterer Entscheidungen [6]. Den Parteien wurde unterstellt, "stillschweigend" einen echten Vertrag auch zugunsten des verletzten Dritten geschlossen zu haben, oder die Berechtigung des Dritten wurde im Wege ergänzender Vertragsauslegung nach § 157 BGB ermittelt. Aufgrund dieses Vertrages nach § 328 BGB sei der Schuldner dem Verletzten gegenüber

---

1) Zu diesem Problem vgl. Rother, S. 135; Diederichsen, S. 97 ff; Zunft, Erfüllungsgehilfe und Vertrag zugunsten Dritter, ACP 153, 373 ff; ders. MDR 60, 543; Wesenberg, Verträge zugunsten Dritter (1949); Gernhuber, Drittwirkungen im Schuldverhältnis kraft Leistungsnähe, Festschr. für Nikisch (1958), S. 249 ff; ders. JZ 62, 553; vorallem Larenz § 11/III (S. 126 ff); ders., NJW 56, 1193 und NJW 60, 78 ff; Heiseke, NJW 60, 77; Lorenz, JZ 60, 108; Canaris JZ 65, 475 ff; v. Caemmerer, S. 59 ff; ablehnend: Böhmer, VersR 60, 767; MDR 60, 807, 808; 62, 345; 63, 98; 64, 968; JR 66, 173.

2) Darum gilt dieselbe Beweislastregelung; vgl. dazu Fußn. 1).

3) Gernhuber, aaO (Fußn. 294), S. 253; Esser § 68/1 (S. 409); v. Caemmerer, S. 59; Larenz § 19/VIII (S. 236).

4) Larenz § 11/III (S. 126).

5) RGZ 127, 218, 222.

6) RGZ 87, 64, 65 und 289, 292; 91, 21, 24; 102, 231, 232; 106, 120, 126; 152, 175, 177; 160, 152, 155; WarnRspr. 21, Nr. 96; weitere Nachweise bei Enn.-L. § 35/I 1 (S. 149 ff).

verpflichtet gewesen, für dessen körperliche Integrität zu sorgen. Dieser Judikatur hatte sich zunächst auch der BGH angeschlossen [1].

Wie Larenz [2] inzwischen klargestellt hat, handelt es sich indessen nicht um einen echten Vertrag zugunsten Dritter, sondern um eine in Anlehnung an die gesetzliche Regelung der §§ 328 ff BGB entwickelte schwächere Form der Drittberechtigung, nämlich um ein Schuldverhältnis ohne primäre Leistungspflicht, das einem enger begrenzten Personenkreis gegenüber zu besonderer Obhut und Fürsorge verpflichtet. Wann ein solcher Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte besteht, ist im Wege ergänzender Vertragsauslegung zu ermitteln. Art und Ausmaß der Schutzpflichten sowie der begünstigte Personenkreis richten sich nach Sinn und Zweck des Vertrages [3].

Dagegen will Gernhuber [4] die Schutzpflichten gegenüber Dritten als inzwischen gewohnheitsrechtlich gesichertes Rechtsinstitut ansehen und von der Basis des Einzelvertrages lösen [5]. Der BGH hat sich aber nunmehr in einer Anzahl von Entscheidungen der Ansicht von Larenz angeschlossen [6], die somit als inzwischen gefestigte Rechtsprechung gelten kann. Besondere Bedeutung [7] hat der Vertrag mit Schutz-

---

1) BGHZ 5, 62, 67; 24, 305, 307; 26, 365, 371; BGH NJW 54, 874; 56, 1193; MDR 56, 534; LM Nr. 5 zu § 157 (D); LM Nr. 11 zu § 328; für Sachschäden: BGH VersR 59, 948.

2) Larenz § 11/III (S. 126 ff); ders.NJW 56, 1193; 60, 78 ff.

3) Larenz § 11/III (S. 128) und NJW 60, 78, 80; ebenso BGH NJW 59, 1676.

4) Gernhuber, aaO (Fußn. 294).

5) Canaris, JZ 65, 475, 477 will auch die Schutzpflichten gegenüber Dritten auf das einheitliche "Schutzverhältnis" zurückführen. Danach müßte sich der Dritte dann nicht mehr ein Mitverschulden des Vertragsgläubigers oder andere Einreden entgegenhalten lassen; vgl. hierzu BGH MDR 56, 534; BGH VersR 65, 854 sowie Esser § 88/1 (S. 409).

6) BGH NJW 59, 1676; 64, 33, 34; 65, 1757 und 1955, 1957 (mit ablehnender Anm. von Lorenz in JZ 66, 141); VersR 65, 854.

7) Ein guter Überblick über die sonstigen Anwendungsfälle findet sich bei Palandt § 328 Anm. 3 a.

wirkung für Dritte im Rahmen des Mietvertrages, des Beförderungsvertrages und des Dienst- und Werkvertrages erlangt, bei letzteren Vertragsverhältnissen vorallem im Zusammenhang mit den Fürsorgepflichten des § 618 Abs. I [1]. Gerade zu diesem Fragenkreis sind in jüngerer Zeit zwei Entscheidungen ergangen, die die Bedeutung dieser Konstruktion für die Gehilfenhaftung recht anschaulich machen.

In seinem Urteil vom 6.12.1962 [2] hielt der BGH den Werkvertrag der beklagten Bundesbahn mit einer Malerfirma über das Anstreichen von Fahrleitungsmasten als auch zugunsten eines einzelnen Malers abgeschlossen, der infolge Verschuldens eines Angestellten der Bahn einen elektrischen Schlag erhielt. Das Gericht sah den schadenstiftenden Angestellten der Bahn als Erfüllungsgehilfen an und bejahte einen Ersatzanspruch des Verletzten nach § 618 BGB.

Nach dem am 21.6.1963 [3] zur Entscheidung anstehenden Sachverhalt kam durch das Verschulden des Planierraupenfahrers der beklagten, mit Planierungsarbeiten beauftragten, Firma ein Angestellter einer weiteren Firma zu Schaden, als er beim Herausziehen eines steckengebliebenen LKW's behilflich war. Auch hier nahm der BGH an, der zwischen der beklagten Firma und der weiteren Firma abgeschlossene Werkvertrag entfalte Schutz- und Fürsorgepflichten zugunsten des Verletzten und verurteilte die beklagte Firma aus §§ 278, 618 BGB wegen des Verschuldens ihres Raupenfahrers [4], dessen sie sich zur Erfüllung ihrer Schutzpflichten bedient habe.

Beide Beispiele [5] sind recht typisch für den Sinn dieser Hilfskonstruktion. An sich nicht bestehende vertragliche Beziehungen zwischen dem Verletzten und dem Geschäftsherrn

---

1) § 618 Abs. I ist auch auf Werkverträge anwendbar: RGZ 159, 268, 269 ff; BGHZ 5, 62, 65 ff.

2) BGH VersR 63, 189, 190.

3) BGH VersR 63, 1076, 177; vgl. auch die nochmalige Entscheidung des Berufungsgerichts in VersR 65, 70 und die zweite Revisionsentscheidung des BGH in VersR 65, 474.

4) Ein Haftungsausschluß nach §§ 898 ff RVO (jetzt §§ 636 ff RVO) wurde verneint, da der Verletzte durch das Helfen beim Herausziehen des LKW sich noch nicht in den Betrieb der beklagten Firma eingeordnet habe; vgl. VersR 63, 1076, 1078. - Zur Haftung zwischen Stamm-Arbeitnehmern und vorübergehend in einem Betrieb Beschäftigten vgl. Hanau, S. 100 ff.

5) Weitere Vergleichsfälle finden sich bei v. Caemmerer, S. 60.

werden dadurch herbeigeführt, daß man dem Geschäftsherrn Schutzpflichten auferlegt, mit der Maßgabe, daß er nun doch für das Verhalten seiner Leute nicht wie das von Verrichtungsgehilfen, sondern nach § 278 einzustehen hat.

Doch vernachlässigt die Rechtsprechung in diesen Fällen oftmals ganz die Frage, in welcher Beziehung der Schädiger überhaupt zu der Pflicht des Schuldners stand, Sorgfalt zu üben. Denn zum Begriff des Erfüllungsgehilfen gehört, daß der Schuldner sich in irgendeiner Weise des Gehilfen bedient. Zwar ist an dieses Erfordernis kein strenger Maßstab anzulegen, vielmehr genügt es, wenn der Gehilfe "im Interessenbereich des Schuldners von Fall zu Fall Erfüllungsgehilfe werden kann" [1]. Andererseits scheint es aber bedenklich, die Erfüllungsgehilfeneigenschaft auch auf solche Personen auszudehnen, die zwar ebenfalls Angestellte des Schuldners sind, die aber nur mehr oder weniger außerplanmäßig mit dem Dritten auf schädigende Weise in Berührung kommen [2].

Daß der Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte zur Umgehung des § 831 herangezogen wird, spricht sicherlich nicht gegen die Berechtigung dieser Konstruktion. Jedoch ist die Rechtsprechung, wie auch v. Caemmerer [3] meint, allzu leicht geneigt, des Guten zu viel zu tun und einen Kreis von Personen in den Bereich der Schutzpflichten mit einzubeziehen, der derart weit gezogen ist, daß sich diese Haftungsausdehnung kaum mehr auf dem Wege ergänzender Vertragsauslegung rechtfertigen läßt. Weiterhin besteht auch hier wieder die unbefriedigende Lage, selbst bei einer recht großzügigen Anwendung dieses Rechtsinstituts auf Grenzfälle stoßen zu müssen, bei denen sich die von der Sache her nicht berechtigte Alternative stellt: kann noch eine vertragliche Beziehung angenommen werden, die die Anwendung des § 278

---

1) Esser § 58/3 b ee (S. 218); auch Staud.-Werner § 278 Anm. 29 ff.

2) So auch BGH VersR 56, 538, 539; BGHZ 23, 319, 323; Staud.-Werner § 278 Anm. 32; Erman § 278 Anm. 5 c (erste Hälfte).

3) v. Caemmerer, S. 60.

rechtfertigt, oder sind die Verhaltenspflichten doch bereits so allgemeiner Natur und, was den geschützten Personenkreis anbelangt, derart ungezielt, daß man sie schlechthin nur noch unter die jedermann gegenüber bestehenden allgemeinen Verkehrspflichten einreihen kann.

III

Zuletzt soll noch ein Rechtsinstitut Erwähnung finden, das ebenfalls zu einer Korrektur der haftungsbeschränkenden Auswirkungen des § 831 führt, obwohl sein eigentlicher Sinn nicht der ist, eine Haftung des Geschäftsherrn für seine Verrichtungsgehilfen herbeizuführen, sondern das sich aus der Sicht des Arbeitnehmers mit der Frage befaßt, inwieweit dieser für Sorgfaltspflichtverletzungen haftbar sein soll, die ihm im Zusammenhang mit seiner beruflichen Tätigkeit unterlaufen, nämlich der Haftungsbeschränkung bei schadensgeneigter Arbeit [1]. Das Problem ist eigentlich nicht ganz neuen Datums [2]; bereits das RG hat sich damit auseinandergesetzt [3]. Neue Beachtung hat dieses Thema durch den Beschluß des Großen Senats des BAG vom 25.9. 1957 [4] gefunden, wo es um die Entscheidung ging, ob die Haftungsbeschränkung auch im Verhältnis von Arbeitnehmern untereinander zu gelten habe. Diese Frage ist nunmehr durch

---

1) Zum Problem der Haftungsbeschränkung bei schadensgeneigter Arbeit vgl. Rother, S. 251 ff; Larenz § 48/II d (S. 209 ff) und SAE 59, 189; ders. JuS 65, 373, 375; Helm, ACP 160, 134 ff; Steindorff, JZ 59, 1 ff; Canaris, RdA 66, 41; Gamillscheg-Hanau, Die Haftung des Arbeitnehmers; Nikisch Bd. I § 27/V 4 ff (S. 203 ff); Hueck-Nipperdey § 35/II 4 (S. 232 ff); sowie das in diesen Arbeiten angegebene äußerst umfangreiche Schrifttum.

2) Schon Petersen, 18. DJT Bd. I, S. 281 hat auf die Haftungsbeschränkung im Verhältnis von Arbeitskollegen im anglo-amerikanischen Rechtskreis hingewiesen.

3) RAG ARS 41, 55; vorher schon RAG ARS 30, 1; 34, 357; 37, 269.

4) BAG (GS) 5, 1 ff.

die Ablösung der alten §§ 898, 899 RVO durch die neuen §§ 636, 637 RVO [1] im Sinne der Rechtsprechung entschieden worden: das Haftungsprivileg [2] gilt nicht nur für den Unternehmer und dessen Repräsentanten, sondern für alle Arbeitnehmer eines Betriebes [3]. Jedoch ist diese Entscheidung wichtig, da sie die Grundsätze der Haftungsbeschränkung bei schadensgeneigter Arbeit festlegt.
Bei Zugrundelegung bürgerlich-rechtlicher Regeln würde der Arbeitnehmer nämlich für jede, auch nur die geringste Fahrlässigkeit bei seiner beruflichen Betätigung haftbar sein. Aus dem Gedanken heraus, daß es bestimmte Beschäftigungen gibt, die im Laufe der Zeit fast zwangsläufig einmal ein Versagen des Arbeiters mit sich bringen und bei denen der eingetretene Schaden in keinem Verhältnis zu der Höhe des Entgelts für die Arbeit steht, scheint es billig, den Unternehmer, der die Vorteile dieser Tätigkeit genießt, je nach dem Grad des Verschuldens des Arbeitnehmers zu einem innerbetrieblichen Schadensausgleich heranzuziehen [4]. Dabei wird die Beschränkung dieser Haftungsminderung auf die Fälle schadensgeeigneter Arbeit in Literatur und Rechtsprechung immer mehr in Frage gestellt [5].

---

1) Die Änderung erfolgte durch das Unfallversicherungsneuregelungsgesetz vom 3.4.1963.

2) Ein Haftungsausschluß besteht nicht bei vorsätzlichem Handeln, bei der Teilnahme am allgemeinen Verkehr und bei nicht betrieblicher Tätigkeit.

3) Es ist auch nicht mehr auf die Fälle gefahrgeneigter Arbeit beschränkt; insoweit ist der Gesetzgeber (§ 637 RVO) über BAG (GS) 5, 1 ff hinausgegangen; vgl. hierzu Hanau, S. 93; Larenz § 48/II d (S. 215).

4) Larenz § 48/II d (S. 13) sieht hierin das Zusammentreffen des Prinzips der individuellen Verantwortlichkeit eines jeden für seine Handlungen mit dem Prinzip der Verantwortlichkeit des Unternehmers für die von seinem Unternehmen ausgehenden typischen Betriebsrisiken; ähnlich Rother, S. 251 ff. - Zur Problematik bei der Einbeziehung einer bestehenden Haftpflichtversicherung vgl. Rother, S. 257 f m. w. Nachw.

5) Rother, S. 260; Helm, ACP 160, 134, 149; LAG Hamm, BB 66, 1064 m. zahlr. w. Nachw.; vgl. hierzu auch die oben S. 71 Fußn. 5) angegebene Literatur und Rechtsprechung.

Von den vier möglichen Fallgruppen [1], der Schädigung des Arbeitgebers, eines Arbeitskollegen [2], eines außenstehenden Dritten oder der eigenen Sache des Arbeitnehmers [3] sind für die Gehilfenhaftung nur die zweite und die dritte von Bedeutung, da nur sie die Fragen der Verantwortlichkeit des Geschäftsherrn für Verschulden seiner Gehilfen berühren. Dabei kommen auch bei der zweiten Fallgruppe kaum Möglichkeiten in Betracht, in denen ein Arbeitnehmer Freistellung von einer Schadensersatzverbindlichkeit, in diesem Fall gegenüber einem Arbeitskollegen, beanspruchen könnte, da § 637 RVO die Haftung nunmehr grundsätzlich ausschließt. Eine Haftung für Personenschäden kommt nur bei solchen Unfällen in Frage, die sich bei Teilnahme am allgemeinen Verkehr ereignen [4]. Nur die Haftung für Sachschäden wird durch § 637 RVO überhaupt nicht berührt, so daß insoweit Freistellungsansprüche denkbar sind.
Das Hauptanwendungsgebiet des arbeitsrechtlichen Anspruchs auf Haftungsbefreiung bleibt aber doch die Reihe von Fällen, in denen ein außenstehender Dritter durch einen Arbeitnehmer zu Schaden kommt. Hierbei kommt es auf das Maß des Verschuldens an [5]. Bei Vorsatz scheidet eine Haftungsbefreiung generell aus, bei grober Fahrlässigkeit bleibt in der Regel ebenfalls der Arbeitnehmer allein verpflichtet. Demgegenüber erfolgt bei gewöhnlicher Fahrlässigkeit eine den jeweiligen Umständen [6] entsprechende quotale Schadens-

---

1) Zur Aufteilung vgl. Rother, S. 252.

2) Auch ein Arbeitskollege kann Dritter i.S. des § 831 sein.- Die Auffassung, die Arbeitnehmer müßten nicht demselben Betrieb angehören (BAG NJW 63, 778), hat das BAG (NJW 66, 1045) inzwischen wieder aufgegeben.

3) So BAG (GS) NJW 62, 411; Rother, S. 258 f.

4) Wussow, Bauausführung, S. 257; Hanau, S. 93.

5) BAG (GS) 5, 1. - Zweifelnd hinsichtlich der Beschränkung dieser Haftungserleichterung auf die Fälle geringer Schuld Rother, S. 262 m. w. Nachw.

6) Solche sind neben dem Grad des Verschuldens auch das Maß der Schadensneigung der Arbeit sowie die Höhe des Lohnes (Risikoprämie).

verteilung, die zu einer vollständigen Freistellung bei culpa levissima führt [1].

Dieser Anspruch des Arbeitnehmers auf Freistellung [2] von seiner Schadensersatzverbindlichkeit gegenüber dem verletzten Dritten [3] wirkt aber nicht nur als betriebsinterner Schadensausgleich und nicht nur innerhalb des Arbeitsverhältnisses. Sozusagen als Nebeneffekt greift er auch in die Beziehungen zwischen Arbeitnehmer und Drittem ein. Denn stellt der Arbeitgeber den Schädiger von seiner Verbindlichkeit frei [4], so wirkt das aus der Sicht des Verletzten wie eine Haftung des Arbeitgebers für das Verschulden seiner Angestellten [5]. Helm [6] sieht deshalb zu Recht in der Existenz dieser Haftungsbefreiung einen tiefen Eingriff in das Recht der unerlaubten Handlungen.

Die so begründete Einstandspflicht des Arbeitgebers ist jedoch nur eine unvollkommene. Denn der geschädigte Dritte kann hieraus noch keinen eigenen Anspruch herleiten. Insbesondere hat die Rechtsprechung, nachdem sie diesen Fragenkreis zunächst offen gelassen hatte [7], eine Pfändbarkeit des Freistellungsanspruchs jedenfalls insoweit verneint [8], als er eine im Verhältnis von Arbeitgeber zu verletztem Drittem bestehende Haftungsbegrenzung übersteigt. Als Begründung hat der BGH unter Hinweis auf die Rechtspre-

---

1) BAG AP Nr. 16 zu § 611 BGB Haftung des Arbeitnehmers.

2) BAG (GS) 5, 1, 5; BAG AP Nr. 19 und Nr. 25 zu § 611 Haftung des Arbeitnehmers; BAG VersR 66, 881; BGHZ 41, 203, 204.

3) Nach zivilrechtlichen Regeln ist dieser Anspruch der Höhe nach unbegrenzt.

4) Falls der Arbeitnehmer den Dritten bereits befriedigt hat, wandelt sich der Freistellungsanspruch in einen Ersatzanspruch um.

5) So bereits Gumbert, BB 65, 480; Helm, ACP 160, 134 ff, 137 und bes. ACP 156, 389 ff, 403; Rother, S. 265 und 287; Soergel-Siebert § 831 Anm. 1.

6) Helm, ACP 160, 134 ff, 140.

7) BGH VersR 57, 463, 465.

8) BGHZ 41, 203, 205; a.A. Hanau, S. 115.

chung des RG [1] ausgeführt, von der grundsätzlichen Unabtretbarkeit und Unpfändbarkeit eines Schuldbefreiungsanspruchs könne nur eine Ausnahme gemacht werden, wenn der Verletzte ein eigenes rechtlich geschütztes Interesse habe, auf diese Weise Ersatz zu erlangen; das sei jedoch dann nicht der Fall, wenn die Abtretung oder Pfändung zur Umgehung einer gesetzlichen Haftungsbeschränkung des Arbeitgebers gegenüber dem Dritten führe [2]. In den sonstigen Fällen, wo also eine derartige Haftungsbegrenzung gegenüber dem Dritten nicht vorliegt, hat die Rechtsprechung anscheinend keine Einwendungen gegen eine Abtretbarkeit des Freistellungsanspruchs an den Gläubiger der zu tilgenden Schuld [3]. Jedenfalls sieht das BAG darin keinen höchstpersönlichen Anspruch [4].
Sofern demnach der Verletzte in den meisten Fällen in der Lage ist, sich den Freistellungsanspruch abtreten zu lassen oder ihn zu pfänden, kommt dieses zunächst rein arbeitsrechtliche Rechtsinstitut seinem Interesse, einen zahlungskräftigen Schuldner zu haben, weitgehend entgegen. Da dem Dritten kein eigener Anspruch gegen den Arbeitgeber erwächst, muß er schlimmstenfalls zweimal klagen, nämlich zuerst gegen den Arbeitnehmer und dann aus dem gepfändeten Freistellungsanspruch gegen den Arbeitgeber.

---

1) RGZ 80, 183, 184; 81, 250, 252; 158, 6, 12, 13.

2) In dem vom BGH in BGHZ 41, 203, 205 entschiedenen Fall handelte es sich um die beschränkte Haftung des Schiffseigners nach §§ 3, 4 BinnenSchG. - Zu diesem Problem vgl. auch Larenz § 48/II d (S. 214) und Helm, ACP 160, 134 ff, 152.

3) BAG VersR 66, 881, 882.

4) BAG VersR 66, 881, 882.

3. Kapitel:

Zusammenfassung - Tendenzen zur Einschränkung des § 831 BGB

Zusammenfassend läßt sich nach dem Überblick über die Rechtsprechung feststellen, daß die Haftung des Geschäftsherrn für seine Verrichtungsgehilfen, die nach dem Willen des Gesetzgebers durch § 831 geregelt werden sollte, sich heute weitgehend nach anderen Bestimmungen richtet. Erhebliche Teile des Gehilfenhaftungsrechts sind inzwischen in Haftungen für fremdes Verschulden umgewandelt worden. Insbesondere § 278 hat, nachdem durch die Rechtsprechung mit Hilfe verschiedener Rechtsfiguren weite Teile des Gehilfenhaftungsrechts in konkrete Schuldverbindlichkeiten einbezogen worden sind, die haftungsmindernden Wirkungen des Entlastungsbeweises zu verringern geholfen [1]. Die übrigen Fälle von Gehilfenverschulden, die sich bei bestem Willen nicht nach Vertragsrecht behandeln ließen, mußten auf andere Weise gelöst werden. Nur unter teilweise recht offensichtlicher Mißachtung von Grundsätzen des Rechts der unerlaubten Handlungen wurde beim Großunternehmen eine Verantwortlichkeit des Trägers des betrieblichen Vermögens erreicht. Als Mittel hierzu diente die Aufstellung von sich aus der Verkehrssicherungspflicht ergebenden Kontrollpflichten, insbesondere der Organisationspflichten beim mehrstufigen Betriebsaufbau. Um dem Buchstaben des Gesetzes Genüge zu tun, wurde die, oft nur vermutete, Verletzung derartiger Organisationspflichten als Verschuldenshaftung gehandhabt. In Wirklichkeit stellen diese Konstruktionen Zurechnungsregeln eigener Art dar. Gerade beim Großbetrieb hat sich die Distanz zwischen dem schadenstiftenden Angestellten und der Führungsspitze als ein Hindernis erwiesen, das bei den von der Rechtsprechung gewählten Konstruktionen nur unter Verbiegung von Haftungselementen wie Kausalität und Verschulden zu überwinden war.

---

1) Dieser Tendenz steht Helm, AcP 166, 389 ff, 405 positiv gegenüber.

Die Ursachen für diese Entwicklung sind in zweierlei Richtung zu suchen. Einmal ist hier die Vorschrift des § 831 selbst zu nennen. Die Beschränkung der Geschäftsherrnpflichten und damit der Schuldvermutung auf die Auswahl, die Ursache für die Heranziehung des § 823 wurde, kann nunmehr durch die Perpetuierung der Auswahlpflichten als behoben gelten. Eine weitere, in § 831 begründete Ursache aber, die letztlich in der Ausgestaltung der Gehilfenhaftung als Verschuldenshaftung liegt, nämlich der dezentralisierte Entlastungsbeweis, stellt immer noch ein großes Hemmnis bei der Anwendung des § 831 dar. Obwohl die Rechtsprechung, wie bereits dargelegt worden ist, sich selbst korrigieren mußte und die Richtigkeit der dezentralisierten Entlastung im Ergebnis selbst widerlegt hat, hält die Praxis immer noch daran fest [1].

Auf der anderen Seite hat auch die Rechtsentwicklung die einer außervertraglichen Gehilfenhaftung gestellten Aufgaben beträchtlich erweitert. Bei der Fassung des § 831 durch den Gesetzgeber hatte die Rechtsprechung noch nicht jene unzähligen Handlungspflichten herausgearbeitet, die wir unter der Sammelbezeichnung der Verkehrspflichten begreifen [2]. Verstöße gegen derartige Verkehrspflichten machen nunmehr den überwiegenden Teil der Fälle von Gehilfenverschulden aus. Gerade aber bei diesen Verkehrspflichten verlangt es das Gerechtigkeitsempfinden, die aus ihrer Verletzung herrührenden Schäden dem Geschäftsherrn zuzurechnen, da sie von seinem Machtbereich ausgehen und der Gehilfe mit seinem Willen und in seinem Interesse tätig wird [3].

---

1) Die Ansicht von Helm, ACP 166, 389 ff, 396, die Rspr. rücke vom dezentralisierten Entlastungsbeweis ab, scheint mir doch etwas verfrüht zu sein. Die dort (Fußn. 24) angeführten Entscheidungen laufen wohl auf den Nachweis einer Organisation nach § 831 hinaus.

2) v. Caemmerer, S. 80, bezeichnet die Aufstellung dieser Verkehrspflichten als Ergänzung des Systems der Delitstatbestände.

3) v. Caemmerer, S. 117; Michaelis in Festschr. für Siber (1940) Bd. II, S. 185 ff, 249 (= S. 57 der Abhandlung).

Diesem Postulat der Gerechtigkeit glaubte die frühere Gerichtspraxis jedoch mit dem einseitig auf die fachliche und charakterliche Zuverlässigkeit, das "Vorleben" des Gehilfen ausgerichteten § 831 nicht genügen zu können, sondern sie suchte nach der Möglichkeit, eine Haftung des Geschäftsherrn an die schadenstiftende Tätigkeit des Gehilfen direkt anknüpfen zu können.
Die dergestalt induzierte Aufstellung der verschiedenen Hilfskonstruktionen läßt das Gebiet der Haftung für Verrichtungsgehilfen recht uneinheitlich erscheinen. Zwar stehen in der Praxis die einzelnen Hilfskonstruktionen nicht derart isoliert nebeneinander, wie das für die Zwekke dieser Untersuchungen notwendig war. Vielmehr werden in den Urteilen oftmals zwei oder sogar mehr mögliche Begründungen für die Schadensersatzpflicht des Geschäftsherrn angeführt. Jedoch herrscht trotzdem eine recht große Rechtsunsicherheit; es hängt von den Zufälligkeiten des Falles und des Prozesses ab, ob dem Verletzen überhaupt ein Ersatzanspruch zuerkannt wird und ob er darüber hinaus eventuell ein Schmerzensgeld beanspruchen kann oder nicht. Die Fülle der Hilfskonstruktionen und deren unterschiedliche Rechtsfolgen tragen nicht gerade zur wünschenswerten Einfachheit und Klarheit des Haftpflichtrechts bei. Trotzdem das Bemühen der Gerichte, im Einzelfall zu einem billigen Schadensausgleich zu kommen, anerkennenswert ist - es handelt sich hierbei um die vornehmste Aufgabe des Richters [1] -, ist es vom Standpunkt der Wissenschaft aus bedauerlich zu sehen, wie die einzelnen Tatbestände zweckentfremdet werden oder allmählich ineinander aufgehen.

Diese Zusammenfassung wäre nur unvollständig, wollte sie nicht neben der Erweiterung der Haftung des Geschäftsherrn eine entgegengesetzte Tendenz erwähnen, nämlich eine Beschränkung der Verantwortlichkeit aus § 831 auf verschuldetes Gehilfenhandeln. Was zunächst als Vorteil angesehen

---

1) Larenz, Methodenlehre, S. 173.

wurde [1], daß § 831 nur eine rechtswidrige, nicht aber eine schuldhafte Handlung des Gehilfen voraussetzt [2], hat alsbald Bedenken hervorgerufen [3]. Die Rechtsprechung [4] hat versucht, dieses Problems über eine Beseitigung der Kausalitätsvermutung Herr zu werden. Der Beweis, daß der schädliche Erfolg auch eingetreten wäre, wenn der Geschäftsherr einen zuverlässigen Gehilfen beauftragt hätte, soll hierdurch erleichtert werden.
Der BGH [5] hat nunmehr in seinem Beschluß vom 4.3.1957 den Rechtfertigungsgrund des verkehrsrichtigen Verhaltens eingeführt, um die Fälle sachgemäßen Gehilfenhandelns aus § 831 herauszunehmen [6]. Der Geschäftsherr soll nicht für einen lediglich - i.S. der älteren Lehre - rechtswidrigen Erfolg haften müssen, für den er, wenn er ihn selbst herbeigeführt hätte, wegen mangelnden Verschuldens nicht verantwortlich wäre [7].
Wie jedoch Stoll [8] und ihm folgend v. Caemmerer [9] zutreffend ausführen, ist die Bestimmung des § 831 restriktiv zu interpretieren und grundsätzlich auf diejenigen Fälle zu beschränken, in denen der Gehilfe widerrechtlich schuldhaft gehandelt hat. Die Instanzgerichte [10] jedenfalls sehen ohne allzugroße Umschweife nur schuldhaftes Gehilfenhandeln

---

1) Hauss bei LM Nr. 2 zu § 831 (E); Soergel-Siebert § 831 Anm. 2; der Fall RGZ 159, 283 ff ist ein anschauliches Beispiel dafür.

2) Zu den Hintergründen dieser Gesetzesfassung vgl. oben S.4.

3) Deetz, GruchBeitr. 64, 161 ff, 170 f; v. Caemmerer, S. 120; Stoll, JZ 58, 137, 138; Cosack Bd. I, S. 786.

4) RGZ 135, 149, 155; 159, 312, 315; WarnRspr. 12, Nr. 410; 15, Nr. 53; JW 36, 2394, 2396; BGHZ 4, 1, 4; 12, 94, 96; BGH VersR 57, 247.

5) BGHZ 24, 21 ff; vgl. hierzu oben S. 5.

6) v. Caemmerer, S. 122 f; Stoll, JZ 58, 137, 138; Helm, ACP 166, 389 ff, 399. Ablehnend: Böhmer, VersR 58, 277 und MDR 58, 745.

7) Larenz § 67/VI (S. 446 Fußn. 2).

8) Stoll, JZ 58, 137, 138.

9) v. Caemmerer, S.122; zustimmend Berg, JR 63, 7, 9; anscheinend auch Larenz § 67/VI (S. 446 Fußn. 1).

10) So z.B. LG Berlin VersR 67, 69; LG Saarbrücken VersR 67, 385, 386.

als ausreichend an, ohne den Nachweis verkehrsrichtigen Verhaltens zu verlangen. Nur dann, wenn die Haftung des Gehilfen selbst durch dessen Schuldunfähigkeit ausgeschlossen ist, muß entsprechend den Absichten des Gesetzgebers eine nur widerrechtliche Schädigung genügen. Auch wenn möglicherweise das mangelnde Verschulden des Gehilfen auf eine unzureichende Unterweisung oder Ausrüstung durch den Geschäftsherrn zurückzuführen ist, muß es bei der Pflicht des Unternehmers bleiben, den Entlastungsbeweis zu führen [1]. Folgt man dieser einengenden Auffassung, so wäre aus der Sicht des § 831 heraus eine Änderung des Rechtswidrigkeitsbegriffes nicht erforderlich gewesen [2].
Im Ergebnis ist also die Verantwortlichkeit für Hilfspersonen nicht nur im Bereich der Umgehungskonstruktionen, sondern auch durch Restriktion in § 831 selbst auf die Fälle schuldhaften Gehilfenhandelns beschränkt worden. Andererseits hat die Rechtsprechung die Zurechnung, die nach dem Aufbau des § 831 zum eigenen Verschulden des Geschäftsherrn erfolgt, teilweise in eine Haftung für fremdes Verschulden umgewandelt. Auch wo das nicht direkt möglich war, wie etwa bei der Haftung für Organisationsmängel, besteht nur noch der Konstruktion nach eine Zurechnung zum Verschulden des Geschäftsherrn, das jedoch im Einzelfall vielfach gar nicht vorliegt. Diese allmähliche Abkehr von der eigenen schuldhaften Veranlassung und die Hinwendung zur objektiven Verantwortlichkeit des Geschäftsherrn entspricht der nunmehr vorherrschenden Auffassung von der sozialen Verantwortlichkeit des Betriebsinhabers für das Tun seiner Leute [3].

---

1) v. Caemmerer, S. 122 f.

2) Der Frage, ob diese Korrektur sonst vom Standpunkt der Rechtswidrigkeitslehre aus erforderlich war, kann hier nicht nachgegangen werden. Vgl. hierzu die oben auf S. 6 Fußn. 1) angegebenen zahlreichen Arbeiten.

3) Auch Larenz § 67/VI (S. 447) ist der Ansicht, daß eine objektive Einstandspflicht unserem heutigen Rechtsempfinden angepaßt wäre; ebenso auch v. Caemmerer, S. 115; Erdsiek, Karlsruher Forum 1960; Wussow, NJW 58, 891, 894.

Zwar führt § 831 für die Verhältnisse des kleinen Betriebes und des Haushalts zu durchaus annehmbaren Ergebnissen, da der Geschäftsherr ohne Zwischeninstanz seine Leute selbst auswählt und beaufsichtigt. Aber wegen der haftungsbeschränkenden Wirkungen des dezentralisierten Entlastungsbeweises im mehrstufigen Organisationsaufbau und der dadurch entstehenden Ungleichheiten in der Verantwortlichkeit des Geschäftsherrn des großen gegenüber dem des kleinen Betriebes wird heute in zunehmendem Maße das Haftungsprinzip des § 831 als solches, nämlich die Verantwortlichkeit des Geschäftsherrn für eigenes vermutetes Verschulden in Frage gestellt. Die Bestrebungen, das Recht der Gehilfenhaftung einer Neuregelung im Sinne einer objektiven Verantwortlichkeit des Geschäftsherrn zu unterziehen, werden anschließend behandelt werden.

Dritter Teil

Erneuerung des Gehilfenhaftungsrechts

Während im zweiten Teil der Abhandlung die Konstruktionen dargestellt wurden, die die Rechtsprechung gewählt hat, um die Auswirkungen des dezentralisierten Entlastungsbeweises zu umgehen, ohne diesen jedoch im Prinzip zu beseitigen, soll im dritten Teil der Arbeit untersucht werden, inwieweit eine Neuregelung des Gehilfenhaftungsrechts zu einer Verbesserung führt, und ob nicht andererseits eine bloße Neuinterpretation des § 831 zumindest als Übergangslösung geeignet wäre, die mangelnde Praktikabilität dieser Bestimmung zu beheben. Zunächst soll die geplante Neufassung in Gestalt des Referentenentwurfs des Bundesjustizministeriums betrachtet werden.

1. Kapitel

Der Referentenentwurf 1967 und die Schwächen der dort vorgesehenen Neuregelung

Der Reformvorschlag des Bundesjustizministeriums will die Haftung des Geschäftsherrn im Sinne einer objektiven Einstandspflicht an die Verantwortlichkeit des Gehilfen anknüpfen. Eine Haftung soll also nur für unerlaubte Handlungen der Hilfsperson und nur soweit der Gehilfe selbst schuldhaft gehandelt hat, bestehen. Im einzelnen soll § 831 nunmehr folgenden Wortlaut erhalten:

> "Wer einen anderen zu einer Verrichtung bestellt, ist, wenn der andere in Ausführung der Verrichtung durch eine vorsätzlich oder fahrlässig begangene unerlaubte Handlung einem Dritten einen Schaden zufügt, neben dem anderen zum Ersatz des Schadens verpflichtet."

Bis auf das im § 831 neuer Fassung beibehaltene Erfordernis eines Abhängigkeitsverhältnisses zwischen dem Geschäfts-

herrn und dem Gehilfen ist also die Deliktshaftung für Gehilfen der vertraglichen weitgehend angenähert [1]. Besteller und Hilfskraft haften als Gesamtschuldner. Trotz der anerkennenswerten Zielsetzungen [2] wie erhöhter Praktikabilität, Beseitigung von Unbilligkeiten für den Verletzten und Angleichung an andere europäische Rechte erweckt die im Referentenentwurf geplante Neufassung des § 831 den Eindruck, daß hier des Guten zu viel getan wird [3]. § 831 in seiner jetzt geltenden Fassung hat nämlich auch einige durchaus positive Eigenschaften, auf die nicht ohne weiteres verzichtet werden sollte, insbesondere die Beweislastumkehr und - mit gewissen Einschränkungen - auch die Haftung für nur widerrechtliches Gehilfenhandeln. Die geplante Neufassung ist jedoch strikt an dem Vorbild des französischen und des anglo-amerikanischen Rechts orientiert. Die dortigen Rechte kennen derartige Besonderheiten nicht, sondern legen eine objektive Verantwortlichkeit des Geschäftsherrn für schuldhafte Handlungen des Gehilfen fest; die Beweislast liegt beim Verletzten.
Nach Art. 1384 CC ist der Geschäftsherr für den Schaden verantwortlich, den die Hilfskraft in Ausführung der übertragenen Tätigkeit einem Dritten zufügt [4]. Vorausgesetzt ist eine schuldhafte Handlung des weisungsgebundenen [5] préposé,

---

1) Diederichsen, S. 193; die Haftung soll jedoch nicht adjektizisch sein (zu diesem Begriff vgl. BGH VersR 65, 230), so daß eine Rechtskrafterstreckung im Verhältnis des Gehilfen zum Geschäftsherrn nicht eintritt; vgl. hierzu Referentenentwurf Bd. II, Begründung, S. 109.

2) Helm, ACP 166, 389 ff, 401 ff ist der Meinung, daß diese Zielsetzungen durch die geplante Fassung nicht verwirklicht würden.

3) Helm, ACP 166, 389 ff, 404; Raiser, Karlsruher Forum 1962, S. 26; Wolany, ebda., S. 24, spricht von "einem Hechtsprung auf die andere Seite"; Esser § 205/1 dd (S. 878); Diederichsen, S. 187; Larenz § 67/VI (S. 447).

4) Vgl. Mazeaud-Tunc Bd. I, S. 940 ff; Lalou, Traité pratique de la responsabilité civile (6. Aufl. 1962), S. 571 ff.

5) Mazeaud-Tunc Bd. I, S. 995.

für den commettant ohne eine Entlastungsmöglichkeit einzustehen hat [1]. Streitigkeit besteht in der französischen Rechtswissenschaft darüber, welches Haftungsprinzip dieser Bestimmung zugrundeliegt. Während die ältere Auffassung der Annahme eines unwiderlegbar vermuteten Auswahlverschuldens zuneigte [2], sind in neuerer Zeit die Vertreter der théorie du risque-profit für eine Gefährdungshaftung eingetreten. Mazeaud erklärt diese Frage nach dem Haftungsgrund für schlechterdings unlösbar und sieht deshalb in Art 1384 Abs. V CC eine Verantwortlichkeit eigener Art [3].

Ebenso kennt auch das anglo-amerikanische Recht bei der master-servant-Haftung eine unbedingte Verantwortlichkeit des Geschäftsherrn. Als Haftungsgrund wird die mehr oder minder reale Einwirkungsmöglichkeit des Geschäftsherrn auf die Gehilfenhandlungen genannt, verbunden mit einer Anwendung des Prinzips qui facit per alium, facit per se, das auf die lakonische Formel: "respondeat superior" [4] reduziert wurde [5]. Im französischen wie im anglo-amerikanischen Recht besteht eine Haftung nur innerhalb eines Abhängigkeitsverhältnisses.

Was den Befürwortern des Referentenentwurfs [6] das franzö-

---

1) Mazeaud-Tunc Bd. I, S. 999.

2) Vgl. hierzu oben S. 17 Fußn. 2) und 3).

3) Mazeaud-Tunc, S. 1010. Dort heißt es wörtlich: "Ce qui fait le caractère original de la responsabilité du commettant, c'est l'impossibilité pour lui d'échapper à la responsabilité dès lors que son préposé a commis une faute. On est bien obligé d'en conclure que ce n'est pas de sa faute à lui que répond le commettant, mais de celle de son préposé; il est vraiment responsable pour autrui."- Vgl. hierzu auch Lalou, aaO (Fußn. 4), S. 571 ff und Savatier, Traité de la responsabilité civile en droit français, Bd. I (2. Aufl. 1951), S. 369 ff.

4) Daß diese Formel noch keinen echten Zurechnungsgrund darstellt, hebt Diederichsen, S. 192 Fußn. 502, hervor.

5) Fitzgerald, Salmond on Jurisprudence (12. Aufl. London 1966), S. 402; bei Prosser, S. 471 findet sich folgende Formulierung: "He (the master) has a more or less fictitious "control" over the behavior of the servant; he has set "the whole thing in motion", and is therefore responsible for what has happened."

6) v. Caemmerer, Karlsruher Forum 1962, S. 23; Baur, ebda., S. 14; Hauß, ebda., S. 24.

sische und das angelsächsische Recht so besonders als vorbildlich erscheinen läßt, ist die Haftung des Geschäftsherrn ohne eigenes Verschulden für das Verschulden des schädigenden Angestellten. Diese Haftung ohne Entlastungsmöglichkeit soll deshalb so nachahmenswert sein, weil sie das Prozeßrisiko des Verletzten verringern und einen materiell gerechten Schadensausgleich herbeiführen soll. Indessen darf nicht übersehen werden, daß eine derartige Haftung ohne die Möglichkeit einer Entlastung wiederum den Nachteil hat, ihrem Umfang nach zu weit zu sein. Deshalb kämpfen das französische [1] und das angelsächsische [2] Recht zumeist mit einem ganz anderen Problem als die deutsche Rechtsprechung, nämlich dem, wie die Haftung des Geschäftsherrn auf ein vernünftiges Maß reduziert werden kann. Hierbei haben die französische und die angelsächsische Rechtsprechung, wie Helm treffend bemerkt [3], ebensoviel Scharfsinn auf eine Einengung der Verantwortlichkeit des Geschäftsherrn verwenden müssen wie die deutschen Gerichte auf eine Ausdehnung des § 831. In aller Regel wurde diese Einengung dadurch erreicht, daß das Merkmal "in Ausführung der Verrichtung" sehr eng ausgelegt wurde.
Es gibt eben Fälle, in denen eine Verschuldenshaftung des Geschäftsherrn zu angemesseneren Ergebnissen führt, und andere, in denen eine objektive Haftung wünschenswert erscheint. Es ist deshalb wohl am besten, eine Gesetzesneufassung zu wählen, die die Vorteile der Verschuldenshaftung und die der unbedingten Verantwortlichkeit in sich vereint. Daß jedenfalls die einseitige Angleichung an den französischen und den anglo-amerikanischen Rechtskreis nicht die einzig vorstellbare Verbesserung unseres Haftpflichtrechts ist,

---

1) Vgl. hierzu die Beispiele bei Mazeaud-Tunc Bd. I, S. 982 ff, 984, 988 ff; Lalou, aaO (Fußn. 4), S. 594 ff.

2) Siehe hierzu Prosser, S. 470 ff; Harper & James, The law of Torts (1. Aufl. 1956) Bd. II, S. 1374 ff.

3) Helm, ACP 166, 389 ff, 407; Hübner, Karlsruher Forum 1962, S. 24; Wilburg, Elemente, S. 219.

erhellt schon daraus, daß das schweizerische Recht mit seinem Art. 55 OR bisher recht gut gefahren ist. Nach der nunmehr dort vorherrschenden Meinung [1] beinhaltet Art. 55 OR eine Kausalhaftung, die durch die Möglichkeit des Nachweises der notwendigen Sorgfalt abgemildert ist. An den Befreiungsbeweis, wie er in der schweizerischen Rechtssprache genannt wird, werden außerordentlich strenge Anforderungen gestellt [2], so daß der Geschäftsherr zumeist haftet.

Die Abschaffung der Beweislastumkehr durch § 831 neuer Fassung soll als Ausgleich dafür dienen, daß der Geschäftsherr nunmehr ohne eigenes Verschulden einzustehen hat. Der Verletzte, so wird argumentiert, soll durch die Neufassung nicht besser gestellt werden, sondern der Entwurf soll den Übergang zu einem gerechteren System ermöglichen [3]. Die Verfasser der geplanten Neuregelung wollen dem Verletzten dafür, daß er nunmehr in jedem Fall auf den Geschäftsherrn Rückgriff nehmen kann, die Beweispflicht für das Verschulden des Gehilfen auferlegen. Helm [4] befürchtet sicher nicht zu Unrecht, daß diese Regelung in der Praxis ein übermäßiges Anschwellen der Anscheinsbeweise zur Folge haben würde, so daß entgegen der neuen Beweisverteilung der Rechtszustand des alten § 831 wieder herbeigeführt würde [5]. Letztlich dreht es sich bei der Frage der Beweislast um die Entscheidung, wer bei einem Schadenfall, dessen Hergang sich nicht aufklären läßt - und derartige Fälle sollen in der Praxis nicht eben selten sein [6] -, den Kürzeren ziehen soll. Falls die mangelnde Aufklärung ihren Grund im organi-

---

1) Vgl. Oftinger Bd. II Teil I, S. 96.

2) Oftinger Bd. II Teil I, S. 155 f.

3) Referentenentwurf Bd. II, Begründung, S. 104.

4) Helm, ACP 166, 389 ff, 402 f.

5) Ebenso Diederichsen, S. 190 für die Verhältnisse der Warenherstellerhaftung; Gautschi, Karlsruher Forum 1962, S. 27 f.

6) Hauß, Karlsruher Forum 1962, S. 24.

satorischen Bereich des Geschäftsherrn hat, wird man entgegen dem Neuvorschlag geneigt sein, diesem die Tragung des Schadensrisikos zuzumuten. Auch in der Frage der Beweislastregelung bringt somit der Entwurf keinen uneingeschränkten Fortschritt [1]. Es besteht vielmehr der Verdacht, daß man unter dem Eindruck der mangelnden Praktikabilität der dezentralisierten Entlastung über das Ziel hinausgegangen ist.
Schließlich scheint auch bedenklich, daß der Geschäftsherr bei Verwendung eines schuldunfähigen Gehilfen nicht mehr haften soll. Da nach § 831 neuer Fassung der Arbeitgeber nur für schuldhaftes Handeln seiner Hilfskräfte einzustehen hat, ist der Verletzte darauf angewiesen, sich nunmehr über die §§ 828 ff BGB an den Gehilfen selbst zu halten. Aber gerade in diesem Fall, vorallem wenn der Verdacht besteht, daß der Geschäftsherr schuldhafterweise einen Unzurechnungsfähigen bestellt hat, oder auch wenn das mangelnde Verschulden auf eine unzureichende Belehrung zurückzuführen ist [2], wenn also der Verletzte ein besonders schutzwürdiges Interesse hat, auf das Betriebsvermögen zurückzugreifen, soll er sich nur mehr an den Gehilfen halten [3] oder allenfalls über § 823 den Geschäftsherrn in Anspruch nehmen können.

Schon diese wenigen Gesichtspunkte lassen es zweifelhaft erscheinen, ob der Referentenentwurf auch wirklich die angestrebte Verbesserung des jetzt bestehenden Rechtszustandes zu erzielen in der Lage ist. Trotz all der Schwierigkeiten, die sich bei seiner Anwendung ergeben haben, enthält § 831 in seiner geltenden Fassung positive Elemente, die in eine Neuregelung mit übernommen werden sollten.

---

1) So für die Verhältnisse der Produzentenhaftung Diederichsen, S. 188.

2) Vgl. hierzu v. Caemmerer, S. 122 f.

3) Diederichsen, S. 190 f, macht darauf aufmerksam, daß gerade die Fließbandarbeit in ihrer Monotonie zu Kurzschlußhandlungen führen kann. Den § 831 aber gerade dort auszuschließen, wo sich ihm durch die fortschreitende Technisierung ein weites Anwendungsgebiet eröffnet, hält Diederichsen für wenig sinnvoll.

Jedenfalls sollte nicht unbesehen ein fremdes Haftungsprinzip rezipiert werden, ohne daß zuvor dessen Schwächen beseitigt worden sind. Zudem ist dieser Haftungsgrundsatz seinem Geltungsbereich nach keineswegs so dominierend, wie die Begründung zum Referentenentwurf es darstellt [1].

Weiter bestehen gegen die geplante Neufassung aber auch rechtspolitische Bedenken. Zwar ist die Vorstellung, daß durch eine Neuregelung im Sinne des Referentenentwurfs die gesamte Haftung für das Handeln Dritter auf ein einheitliches Rechtsprinzip in Gestalt einer objektiven Zurechnung fremder schuldhafter Tat zurückgeführt werden könnte, zunächst sicher recht erfreulich. Allerdings würde das Fehlen einer Entlastungsmöglichkeit eine erhebliche Verschärfung der Haftung des Geschäftsherrn bedeuten, die kaum dadurch ausgeglichen würde, daß der Verletzte dann den Nachweis des Verschuldens des Gehilfen zu führen hätte, da die Praxis dann sicher mit dem prima-facie-Beweis eingreifen würde [2]. Diese Haftungsverschärfung hätte jedoch wirtschaftlich betrachtet je nach der Stärke des finanziellen Rückhalts des Geschäftsherrn recht unterschiedliche Auswirkungen.

Für die Verhältnisse des Großbetriebs, der eine oftmals recht erhebliche Vermögensmasse verkörpert, ist eine derart strenge Haftung durchaus begrüßenswert. Dagegen wird zu Recht von einigen Autoren [3] die Ansicht vertreten, eine objektive Verantwortlichkeit des Haushaltsvorstandes oder des Inhabers eines kleinen landwirtschaftlichen oder gewerblichen Betriebs für die dort beschäftigten Personen sei

---

1) Referentenentwurf Bd. II, Begründung, S. 93; hiergegen mit Einzelnachweisen über andere Rechte Helm, ACP 166, 389 ff, 407 Fußn. 43.

2) Helm, ACP 166, 389 ff, 403.

3) Larenz § 67/VI (S. 447); Esser § 205 (S. 878); Helm; ACP 166, 389 ff, 404 und 408; Raiser, Karlsruher Forum 1962, S. 26; Wolany ebd., S. 27; Fikentscher § 107/I 2 c (S. 595).

zu hart. Die bloße Veranlassung des Handelns eines anderen für sich sei allein genommen noch kein ausreichender Zurechnungsgrund [1]. Für diese Fälle soll es nach jener Auffassung bei einer Haftung verbleiben, die wie bisher von einem Verschulden des Geschäftsherrn abhängig ist, also bei einer Haftung, wie die jetzt geltende Regelung des § 831 sie beinhaltet. Dieser Forderung nach einer differenzierenden Betrachtung liegt letztlich ein Gedanke zugrunde, der in vielen Bereichen des Haftpflichtrechts, allerdings nur unausgesprochen, eine wichtige Rolle spielt, nämlich der, daß auch die Vermögensverhältnisse der Beteiligten bei der Zuerkennung eines Schadensersatzanspruchs und der Bemessung seines Umfanges berücksichtigt werden sollten [2].
Eine Neuregelung des Gehilfenhaftungsrechts kann gerechterweise nicht umhin, die wirtschaftlichen Unterschiede gebührend zu berücksichtigen und eine entsprechende Abstufung nach dem Grad der Verantwortlichkeit vorzunehmen. Doch dürfte eine Differenzierung, die sich an der Größe des Betriebes orientiert, in der Praxis auf erhebliche Schwierigkeiten stoßen. Denn zwischen dem Großbetrieb, bei dem eine objektive Haftung eintreten soll, und dem kleinen Betrieb, dessen Geschäftsherr nur für eigenes Verschulden haften soll, besteht keine von vornherein selbstverständliche Abgrenzung. Vielmehr ist der Übergang fließend und deshalb dürften sich nur schwer allgemein gültige und zugleich sachgerechte Unterscheidungsmerkmale finden lassen. Eher sollte, wie Larenz [3] vorgeschlagen hat, eine Abstufung der Haftung nach der Gefährlichkeit der schadenstiftenden Tätigkeit sowie dem Gesichtspunkt des Betriebsrisikos vorgenommen

---

1) Westermann, JuS 61, 333, 342.

2) Vgl. dazu Rother, S. 290 f, der diesen Gedanken vor allem im Hinblick auf seine haftungsbeschränkenden Wirkungen betrachtet und dabei erwägt, ob dieses Kriterium nicht aus seinem verborgenen Dasein befreit und in den Kreis der anerkannten Elemente des Schadensrechts aufgenommen werden sollte.

3) Larenz § 67/VI (S. 447).

werden, also nach Merkmalen, die die Häufigkeit und Schwere der Schadenszufügung beeinflussen. Möglicherweise könnten auch die Haftungsprinzipien der bereits bestehenden objektiven Einstandspflicht aus § 278 bei einer Neuregelung des außervertraglichen Gehilfenhaftungsrechts als Zurechnungselemente berücksichtigt werden [1].

Die objektive Verantwortlichkeit für Erfüllungsgehilfen, wie sie in § 278 niedergelegt ist, beruht auf dem Gedanken, daß dem Schuldner durch die schuldrechtliche Sonderverbindung eine Art Garantiepflicht gegenüber dem Gläubiger auferlegt ist; darüber hinaus soll der Gläubiger nicht schlechter gestellt sein, wenn der Schuldner die ihn selbst treffenden Pflichten vermittels einer Hilfskraft wahrnehmen und damit seinen Geschäftskreis erweitern kann [2].

Es ließe sich daran denken, unter Verwendung dieser Prinzipien eine Regelung des außervertraglichen Gehilfenhaftungsrechts anzustreben, indem man den Geschäftsherrn zwar wie bisher grundsätzlich für eigenes vermutetes Verschulden haften läßt, in gewissen Fällen jedoch, die ähnliche Merkmale aufweisen, wie sie die Haftung nach § 278 im vertraglichen Bereich begründen, darüber hinaus dem Geschäftsherrn eine objektive Verantwortlichkeit für die Handlungen seiner Gehilfen auferlegt. Solche Fälle, ähnlich denen des § 278 bestünden, wenn der Gehilfe den Schaden verursacht hat, indem er eine Verkehrspflicht verletzte, die zunächst den Geschäftsherrn als den eigentlichen Veranlasser oder Träger des gefährlichen Zustands oder Tuns traf, die dieser dann aber im Rahmen des Dienstverhältnisses auf den Gehilfen übertragen hat [3]. Diese objektive Haftung für Verkehrspflichtverletzungen hätte dann zusätzlich neben die Verschuldenshaftung entsprechend dem bisherigen § 831 zu treten.

---

1) Eine analoge Anwendung des § 278 im außervertraglichen Bereich verbietet sich jedoch schon deshalb, weil in §278 BGB eine Begrenzung auf die Fälle, in denen der Gehilfe weisungsgebunden ist, fehlt.

2) Larenz § 19/VIII (S. 233 ff); und § 67/VI (S. 447); ders., Allgemeiner Teil § 6/III (S. 77); ders., Hegels Zurechnungslehre, S. 101.

3) Vgl. dazu S.47.

Eine objektive Verantwortlichkeit des Geschäftsherrn würde dann bei allen Verletzungen von Verkehrssicherungspflichten im ursprünglichen Sinn, also insbesondere bei der Verletzung der Wegeunterhaltungspflicht und anderer Gefahrabwendungspflichten bestehen, die aus einer Verkehrseröffnung entspringen. Weiterhin würde eine objektive Haftung für die gefährlichen Anlagen entspringenden Gefahren eintreten. Schließlich würden auch Sorgfaltspflichtverletzungen beim Inverkehrbringen gefährlicher Stoffe oder bei der Ausübung einer sonstigen gefährlichen Tätigkeit eine Verantwortlichkeit des Geschäftsherrn zur Folge haben, ohne daß diesen ein Verschulden treffen müßte [1]. Insbesondere die Haftung des Wegeunterhaltungspflichtigen, also vorallem der öffentlich-rechtlichen Körperschaften, die des Gebäudebesitzers und Grundeigentümers, die der Eisenbahn für ihre Anlagen, die von gefährlichen Betrieben wie chemischen und pyrotechnischen Fabriken für schuldhafte Pflichtverletzungen ihrer Angestellten würden der verschäften Haftung ohne Befreiungsmöglichkeit unterliegen. Gerade diese Fälle machen aber in der Praxis die Mehrzahl der großen Schäden aus.

In all diesen Fällen hat der Geschäftsherr eine Art Garantiepflicht, ähnlich der des Schuldners bei § 278. Denn nach heutiger Rechtsanschauung rückt der Verkehrssicherungspflichtige wegen der Gefahren, die durch die von ihm beherrschten Anlagen für die Allgemeinheit entstehen, in eine Garantenstellung derart ein, daß er zur Verhinderung von Schädigungen der Rechtsgenossen verpflichtet ist. Der Unterschied gegenüber der auf einer schuldrechtlichen Sonderverbindung beruhenden Verhaltenspflicht besteht lediglich darin, daß die Verkehrspflichten in ihrer Zielrichtung nicht konkretisiert sind; sie bestehen nur der Allgemeinheit gegenüber. Jedoch stellen sie fest umrissene Handlungs- und

---

1) Zur Einteilung der Verkehrspflichten in diese drei großen Gruppen: Verkehrseröffnung, Sachherrschaft und Ausübung einer gefährlichen Tätigkeit vgl. Esser § 204/2 (S. 868).

Gefahrabwendungspflichten dar, die zunächst den Geschäftsherrn treffen, deren Wahrnehmung er jedoch, falls er einen Gehilfen bestellt, auf diesen übertragen kann.
Auch der Gedanke, daß Dritte nicht dadurch schlechter gestellt werden sollen, daß der Geschäftsherr eine Hilfskraft zuzieht und diese an seiner Statt die zunächst ihn treffenden Aufgaben der Gefahrabwendung wahrnehmen läßt, träfe auf die genannten Fälle der Verkehrspflichtverletzungen zu [1]. Weiterhin wäre es auch aufgrund des Innenverhältnisses zwischen Geschäftsherrn und Gehilfen nur billig, den Geschäftsherrn ohne Rücksicht auf dessen eigene Schuld haften zu lassen, sofern er Pflichten, die ihn selbst als den Beherrscher der Gefahrenquelle kraft seiner Garantenstellung treffen, auf andere zum Zweck der Wahrnehmung überträgt. Der Gehilfe kommt erst durch seine Tätigkeit und die damit verbundene Auferlegung der Gefahrabwendungspflicht in die Lage, gegen ein derartiges Pflichtgebot verstoßen zu können. Denn er erlangt erst dadurch "Täterqualität" [2], daß er eine ihn sonst nicht treffende deliktsrechtliche Handlungspflicht des Geschäftsherrn durch sein Dienstverhältnis delegiert bekommt.
Auch die Gesichtspunkte der Gefährlichkeit der ausgeübten Tätigkeit sowie der des Betriebsrisikos würden für eine objektive Zurechnung derartiger Verkehrspflichtverletzungen sprechen; denn gerade bei besonders gefährlichen Tätigkeiten oder den von einem großen Betrieb typischerweise ausgehenden Gefahren für die Umwelt treffen nach der Rechtsprechung den Geschäftsherrn Gefahrabwendungspflichten, die er durch seine Bediensteten wahrnehmen läßt.
Der Ähnlichkeit der vertraglichen Schutzpflichten und der Verkehrspflichten würde auf die Weise Rechnung getragen,

---

1) Mit diesem Argument hat die Rspr. die Unübertragbarkeit gewisser Restverpflichtungen des Verkehrspflichtigen begründet und ist damit zur Lehre vom betrieblichen Organisationsmangel gelangt; vgl. S. 48 ff.

2) Erst durch diese Rechtspflicht wird die Handlung des Gehilfen rechtswidrig.

daß ihre Verletzung dann nach demselben Haftungsprinzip verantwortlich machen würde [1]. Beiderlei Verantwortlichkeit des Geschäftsherrn für fremdes Verschulden ließe sich auf den gemeinsamen Gedanken der Einschaltung von Hilfspersonen in eine nach außen bestehende Verpflichtung zurückführen. Bei § 278 wäre es die schuldrechtliche Sonderverbindung, bei der Haftung für Verrichtungsgehilfen die der Allgemeinheit gegenüber bestehende Handlungs- und Gefahrabwendungpflicht, die die Verantwortlichkeit begründen würden.

Schließlich besteht auch in der Rechtsprechung die Tendenz, die Verkehrspflichten eines gewerblichen Unternehmens viel weiter auszudehnen, als die des Haushaltsvorstandes oder des Geschäftsherrn im kleinen handwerklichen oder im Familienbetrieb. Deshalb würde der Geschäftsherr des großen Betriebes strenger haften als der des kleinen. Vorallem besonders gefährliche Tätigkeiten werden zumeist von größeren Betrieben durchgeführt, weil die gewöhnlicherweise aufgrund öffentlich-rechtlicher Vorschriften hierfür einzurichtenden Sicherungsvorkehrungen in hohem Maße finanzielle Mittel beanspruchen, die der unvermögende Geschäftsherr nicht aufzubringen in der Lage wäre. Die in solchen Fällen erfolgende objektive Zurechnung des Gehilfenverschuldens würde sich dann derart auswirken, daß der größere Betrieb entsprechend seiner finanziellen Leistungsfähigkeit in weiterem Umfang zur Haftung herangezogen würde als der weniger zahlungskräftige Kleingewerbetreibende. Denn letzterer hat, wegen der geringeren Risiken seiner Tätigkeit für die Umwelt, weniger Verkehrspflichten der Allgemeinheit gegenüber, deren Verletzung durch seine Gehilfen ihn nach objektiven Kriterien haftbar machen würde. Für diese kleinen Betriebe würde dann die Verschuldenshaftung mit umgekehrter Beweislast wie in Gestalt des bisherigen § 831 zu angemessenen Ergebnissen führen.

---

1) Abgesehen von der Frage des Schmerzensgeldes würde es dann für den Geschädigten keinen Unterschied machen, ob der Gehilfe eine schuldrechtliche Obhutspflicht oder eine deliktische Sorgfaltspflicht verletzt hat.

Allerdings ließen sich auch bei einer derartigen Regelung unbefriedigende Ergebnisse nicht ausschalten. Denn z.B. müßte dann der Haushaltsvorstand auch ohne Entlastungsmöglichkeit einstehen, wenn etwa das Dienstmädchen die ihm übertragene Streupflicht nachlässig ausgeübt hat. Umgekehrt sind wieder Fälle denkbar, in denen der Angestellte eines Großbetriebes einen Schaden anrichtet, der nicht in Verletzung einer Verkehrspflicht erfolgte, der aber dennoch nach dem Gerechtigkeitsempfinden zum Haftpflichtrisiko des Betriebes gehört und bei dem eine Haftung des Geschäftsherrn nur für eigene schuldhafte Veranlassung mit der Möglichkeit eines Entlastungsbeweises als zu gering erscheint.

Im Ergebnis ist also weder der Referentenentwurf des Bundesjustizministeriums ganz zufriedenstellend, noch scheint es eine andere Patentlösung zu geben, die ohne Nachteile wäre. Wenn aber so viele Fragen ungelöst bleiben, ist der Sinn und der Erfolg einer Neuregelung überhaupt in Frage gestellt.
Wahrscheinlich ist es, wie Helm [1] meint, noch nicht an der Zeit für eine Reform, die ja einen echten Fortschritt in Richtung auf eine gerechte Verteilung des Schadensrisikos herbeiführen sollte. Hierzu wäre erst erforderlich, genauer zu klären, worin ein spezifisches betriebliches Risiko bestehen kann und welches seine Merkmale sind. Möglicherweise könnte gerade die Rechtsprechung zur schadensgeneigten Arbeit, deren Entwicklung noch keineswegs abgeschlossen scheint, einen fruchtbaren Beitrag zur Klärung der Begriffe des Betriebsrisikos und der gefährlichen Tätigkeit leisten [2].
Aus diesen Gründen, und weil auch die Reform, sollte sie dennoch fortgeführt werden, sicher einige Zeit bis zu ihrer Verwirklichung benötigen wird, soll nun nach einer Möglichkeit geforscht werden, wie das geltende Recht zumindest

---

1) Helm, ACP 166, 389 ff, 401 und 408.
2) Ähnlich auch Helm, ACP 166, 389 ff, 404.

im Sinne einer Übergangsregelung einer praktikableren Form zugeführt werden kann. Falls eine Reform nicht zustande kommen sollte, wird die Praxis ohnehin weiter mit den alten Bestimmungen arbeiten müssen, so daß es sicher nicht müßig ist, sich über mögliche Verbesserungen Gedanken zu machen. Ein Ansatzpunkt für eine Verbesserung des jetzigen Rechtszustandes bietet sich vorallem in Gestalt jener Schwäche des außervertraglichen Gehilfenhaftungsrechts, die gerade und vor allem die Ursache für das Bestreben nach einer Neuregelung war, nämlich des dezentralisierten Entlastungsbeweises. Daß diese Beschränkung der Haftung des Großbetriebes, jedenfalls bei heute möglicher und sachgerechter Gesetzesinterpretation nicht erforderlich ist, soll zum Abschluß gezeigt werden.

2. Kapitel:

Die Überwindung des dezentralisierten Entlastungsbeweises

A

Unter den Vertretern der Auffassung, de lege lata dürfe eine dezentralisierte Entlastung beim mehrstufigen Betriebsaufbau nicht erfolgen, sind zunächst Oertmann [1], Planck [2], Lehmann [3] und Schräder [4] zu nennen. Sie nehmen gemeinsam mit der h. L. an, daß § 831 vom Verschuldensgrundsatz ausgeht. Aber entgegen der h. M. verlangen sie zur Entlastung des Geschäftsherrn, daß der Nachweis der Beobachtung der verkehrserforderlichen Sorgfalt bei Auswahl und Beaufsichtigung sich nicht auf die Person inrgeneines organisatorischen Zwischengliedes, sondern auf die des schadenstiftenden Angestellten erstrecken solle. Zur Begründung wird übereinstimmend ausgeführt, der dezentralisierte Entlastungsbeweis bevorzuge die Großunternehmung; der kapitalkräftige Betriebsinhaber hafte nie, während der einfache Angestellte zwar zum Ersatz verpflichtet sei, aber dem Verletzten nicht die nötige finanzielle Sicherheit biete. Der Großbetrieb müsse als wirtschaftliche Einheit betrachtet werden und wenn der Geschäftsherr die Befugnisse der Auswahl und Beaufsichtigung durch leitende Angestellte wahrnehmen lasse, müsse er sich deren Verschulden zurechnen lassen. Eine Erklärung, auf welchem Wege die Zurechnung dieses Verschuldens erfolgen soll, fehlt allerdings.
Zu einem ähnlichen Ergebnis gelangt auch Helm [5]. Er ist

---

1) Oertmann § 831 Anm. 2 b.
2) Planck-Greiff § 831 Anm. 2 a.
3) Enn.-L. § 241/III 1 c (S. 982).
4) Soergel-Siebert-Schräder § 831 Anm. 46.
5) Helm, ACP 166, 389 ff, 397 f.

zwar der Ansicht, die Bevorzugung des Großunternehmens vor dem kleinen Betrieb sei für sich genommen noch kein Argument für eine Mißbilligung des erleichterten Entlastungsbeweises. Derartige Ungleichheiten kämen im Wirtschaftsrecht öfter vor. Nach Helm läßt jedoch die funktionelle Betrachtung der Pflichten des Geschäftsherrn eine dezentralisierte Entlastung nicht zu. Infolge der Übertragung der Verrichtung und der damit zusammenhängenden Verkehrspflichten gegenüber der Allgemeinheit entstehe für den Geschäftsherrn die Pflicht zur Auswahl und Überwachung. Wenn er diese Pflichten, die ihrer funktionellen Bedeutung nach seine eigenen seien, delegiere, so sei die Delegation nur wirksam, wenn sie dem Geschädigten in der Person des Übernehmers ein gleiches Maß an Sicherheit biete. Andernfalls, besonders bei einer Übertragung auf unselbständige Angestellte, müsse er die sozialen Folgen seiner Stellung als Geschäftsherr weiterhin tragen. In der Praxis wirke sich das dann so aus, daß der Geschäftsherr den Nachweis des sorgfältigen Verhaltens der Zwischenperson bei der Auswahl und Überwachung des schadenstiftenden Angestellten zu führen habe.

Diesen Lösungsversuchen, die die Ausgestaltung des § 831 als Verschuldenshaftung unangetastet lassen, steht eine radikalere Ansicht gegenüber, die in dieser Bestimmung eine Art Gefährdungshaftung sieht. Nach Deetz [1] ist Haftungsgrund des § 831 nicht ein präsumiertes Verschulden des Geschäftsherrn. Vielmehr vertritt dieser Autor die Ansicht, § 831 sei die Verwirklichung eines Grundsatzes allgemeiner Gefahrtragung des Geschäftsherrn für das Tun seiner Leute, der eingeschränkt ist durch die Möglichkeit, sich von dem Verdacht der Verletzung der Auswahlpflichten durch den Nachweis von Sorgfältigkeit oder der mangelnden Ursächlichkeit der Pflichtverletzung zu befreien [2]. Im Großbetrieb habe

---

1) Deetz, GruchBeitr. 64, 161 ff, 176.

2) Deetz, GruchBeitr. 64, 161 ff, 178. Ähnlich wird heute auch Art. 55 des schweizer OR als Kausalhaftung mit "Befreiungsbeweis" angesehen; vgl. Oftinger, Bd. II Teil I S. 96.

daher der Geschäftsherr den Nachweis der Sorgfältigkeit sämtlicher zuständiger Instanzen, sowohl der leitenden wie der ausführenden zu erbringen. Ebenso vertritt auch Süß [1] den Standpunkt, § 831 stelle einen Fall von Gefährdungshaftung dar.
Demgegenüber nimmt Weigert [2] eine vermittelnde Stellung ein. Nach seiner Auffassung ist der Haftungsgrund in § 831 BGB kein einheitlicher. Das Prinzip der Verschuldenshaftung erkennt Weigert für die Fälle an, in denen der Geschäftsherr seine Gehilfen selbst auswählt. Im mehrstufigen Organisationsaufbau jedoch, so führt er aus [3], sei die Haftung des Geschäftsherrn zu "einer aus dem Herrschafts- und Gefährdungsgedanken heraus abzuleitenden - gemilderten - Verursachungshaftung geworden". Denn wo die tatsächlichen Umstände die Möglichkeit eines Verschuldens des Geschäftsherrn ausschlössen, dürfe deshalb der Geschäftsherr noch nicht aus seiner Haftung entlassen werden. Vielmehr treffe nach dem Willen des Gesetzes die Verantwortlichkeit für den Schaden den Träger des Unternehmens selbst. Deshalb sei zu seiner Entlastung erforderlich, daß auch bewiesen werde, daß die Zwischeninstanzen die dem Geschäftsherrn obliegenden Aufgaben in geeigneter Weise wahrgenommen hätten.

Es soll nun versucht werden nachzuprüfen, welche rechtspolitischen Erwägungen für eine Abschaffung der dezentralisierten Entlastung sprechen, wobei die Frage nach der rechtlichen Konstruktion zunächst außer Acht gelassen werden kann.
Auf die Tatsache, daß die dezentralisierte Entlastung eine Bevorzugung des Großbetriebs vor dem kleinen darstellt, ist in der Literatur bereits oftmals hingewiesen worden [4].

---

1) Süß, DRWiss. 42, 185, 197 und 204; ähnlich Jovy, ArchBürgR 37, 78 ff, 125: "Das Gesetz hat den Boden des Verschuldensprinzips verlassen."

2) Weigert, S. 35 ff.

3) Weigert, S. 37.

4) Vgl. die oben S. 24 Fußn. 1) angeführten Nachweise.

Der Unternehmer kann in einem mehrstufigen Verwaltungsaufbau, da ihm der Nachweis der sorgfältigen Auswahl seiner leitenden Angestellten fast immer gelingen wird, das Haftpflichtrisiko auf seine Bediensteten abschieben. Aus der Sicht des Verletzten wird diese Art der Haftungsbefreiung als eine recht grobe Beeinträchtigung des Verkehrsschutzes empfunden. Insbesondere widerstrebt es dem Gerechtigkeitsempfinden, an den Tatbestand einer Sachbeschädigung oder Körperverletzung eine unterschiedliche Haftungsfolge zu knüpfen, je nach dem ob der Schaden von dem Angestellten eines einstufig oder mehrstufig organisierten Betriebes verursacht worden ist. Denn die jeweilige Unternehmensorganisation hat eigentlich nur innerbetriebliche Bedeutung; der außenstehende Dritte kann auf deren Ausgestaltung keinen Einfluß ausüben. Vielmehr wird das Unternehmen von außen als wirtschaftliche Einheit betrachtet [1], gleich aus wievielen Gliedern es sich zusammensetzt. Dem heutigen Rechtsempfinden entspricht es sogar viel eher, den finanzkräftigen Großbetrieb in stärkerem Maße zur Haftung heranzuziehen als den kleinen Handwerker oder den Haushaltsvorstand.

Zwar bringt § 831 gegenüber § 823 eine deutliche Haftungserleichterung: wer für eigenes Handeln haftet, wie etwa der einzelne Handwerker oder Landwirt ohne Gehilfen, hat nicht die Möglichkeit irgendwelcher Entlastung. Wer dagegen sich der Mithilfe anderer Personen bedient, soll nach dem Willen des Gesetzgebers nur nach Maßgabe des § 831 einstehen müssen. Indessen kann diese Haftungsmilderung noch als annehmbar bezeichnet werden, weil der Verletzte im Regelfall bereits einen Schuldner in Gestalt des schadenstiftenden Gehilfen haben wird, der ihm aus § 823 haftet, und der Geschäftsherr eben nicht für seine eigene Handlung, sondern nur für eine fremde, ihm ferner liegende Tat einzustehen hat. Nicht aber läßt sich aus dem Gesetz ablesen,

---

1) Um das Problem wirtschaftlicher Einheit handelt es sich auch beim sog. finanzierten Kauf; vgl. dazu Larenz § 39/IV (S. 94 ff).

daß darüberhinaus eine weitergehende Verringerung der Sicherheit der Haftung eintreten soll, wenn der Geschäftsherr einen großen Betrieb leitet. Denn dadurch ändert sich im Grunde genommen nichts an der Sachlage. Auch wenn der Organisationsaufbau hierarchisch in mehrere Stufen gegliedert ist, so werden doch alle Bedienstete im Interesse des Geschäftsherrn tätig. Daß dieser nicht selbst alle Angestellten auswählen, anleiten und überwachen kann, sondern sich dabei einer Reihe von Zwischenpersonen bedient, ist durch seine eigene begrenzte Leistungsfähigkeit verursacht, liegt also in seiner eigenen Sphäre und sollte nicht zum Nachteil des Verletzten ausgelegt werden [1].

Auch ist es für den Geschäftsherrn keine unzumutbare Belastung, wenn er für alle Angestellten, und nicht nur für die von ihm selbst erwählten, in gleicher Weise nach § 831 einzustehen hat. Denn die Wahrscheinlichkeit, daß ein einzelner Gehilfe einen Schaden verursachen wird, ist immer gleich groß, ungeachtet der Tatsache, ob der Unternehmer 5 Hilfskräfte beschäftigt oder 10 000. Zwar sind die einzelnen Menschen nicht gleich sorgfältig und vorsichtig bei der Ausführung ihrer Tätigkeit, aber unser Haftpflichtrecht verlangt,von einem objektiven Fahrlässigkeitsbegriff ausgehend, ein dem durchschnittlichen Menschen mögliches Maß an Sorgfaltsanwendung. Ebenso werden die Zwischenpersonen, deren er sich zur Auswahl und Überwachung der niederen Angestellten bedient, im einen Fall vielleicht sogar zuverlässiger sein als der Geschäftsherr selbst, im anderen Fall etwas nachlässiger, im Durchschnitt aber wird es gleichgültig sein, ob er selbst diese Pflicht wahrnimmt oder sie auf andere Personen überträgt [2]. Und soweit Abweichungen im Einzelfall vorhanden sind, muß der Betriebsinhaber sie eben als Ausgleich dafür hinnehmen, daß er seinen Geschäftskreis

---

1) Die Bedeutung des Sphären- und Risikogedankens als Zurechnungsgrund hebt auch Gamillscheg, S. 35 hervor.

2) Demnach wird im Durchschnitt die Zahl der zu erwartenden Schadenfälle eine konstante, nicht eine zunehmende Funktion der Beschäftigtenzahl sein.

auf einen Umfang vergrößern kann, wie er nicht möglich wäre, wenn er alle Betriebsteile selbst leiten wollte. Bei einem weitläufigen Betrieb mit einer Vielzahl von Angestellten wirkt sich außerdem das Gesetz der großen Zahl aus [1], das ein Risiko viel eher kalkulierbar macht als etwa die beschränkten Verhältnisse des kleinen Betriebes, so daß der Großbetrieb bei relativ gleicher Schadenshäufigkeit und bei gleichem Schadensumfang ohnehin weniger schwer von dem einzelnen Schadenfall betroffen wird als der kleine. Ein Anlaß, darüber hinaus den Großbetrieb noch weiter zu privilegieren, indem man den Geschäftsherrn nur für das Verschulden der höheren Angestellten nach § 831 einstehen läßt, ist nicht zu erkennen.

---

1) Über das Gesetz der großen Zahl, das jeder statistischen und versicherungstechnischen Kalkulation zugrundeliegt, vgl. Braeß, Versicherung und Risiko (1960); außerdem im Handwörterbuch des Versicherungswesens (1958) unter dem Stichwort "Statistik".

B

Der Grundsatz der dezentralisierten Entlastung führt jedoch nicht nur, wie soeben dargestellt, zu einem rechtspolitisch unerwünschten Ergebnis. Es läßt sich vielmehr zeigen, daß die damit einhergehende Haftungsbeschränkung einem allgemeinen Rechtsprinzip der Verantwortlichkeit für den beherrschten Bereich zuwiderläuft und daher auch einer Überprüfung in dogmatischer Hinsicht nicht standhält.

I

Nach dem erleichterten Entlastungsbeweis im Großbetrieb kann sich der Geschäftsherr mit dem Nachweis der sorgfältigen Auswahl der obersten Stufe der betrieblichen Hierarchie von seiner Haftung befreien. Um dieses als untragbar erkannte Ergebnis zu vermeiden, hat, wie bereits herausgearbeitet wurde, die Rechtsprechung die Lehre vom betrieblichen Organisationsmangel, also eine Haftung aus § 823 entwickelt. Nur hat dieses Haftungsmodell den entgegengesetzten Fehler, daß der Geschäftsherr gezwungen wird, sich selbst um Einzelheiten zu kümmern, was sich aber wieder nicht mit dem Sinn der Delegation von Aufgaben auf mittlere und untere Instanzen verträgt.
Der Mangel beider Konstruktionen, die nicht nur einzeln für sich betrachtet unbefriedigend sind, sondern sich auch geradezu widersprechen, liegt in der Verknüpfung der Ausführung der Tätigkeit mit der Verantwortlichkeit für die hierbei unterlaufenden Pflichtverletzungen. Indessen würde es viel eher den praktischen Bedürfnissen betrieblicher Arbeitsteilung und dem heutigen Rechtsempfinden entsprechen, diese beiden Haftungsmerkmale getrennt zu lassen. Wie die Rechtsprechung bei Einführung der dezentralisierten Entlastung zutreffend berücksichtigt hat, kommt ein Großbetrieb nicht ohne Delegation von Leistungs- und Entscheidungsbefugnissen auf nachgeordnete Instanzen aus. Wenn die

Führungsspitze nämlich ihren eigenen Aufgaben der Betriebsleitung [1] wie Festlegung der Unternehmenspolitik, Koordinierung der Teilbereiche, Beseitigung von Störungen, geschäftlichen Maßnahmen von außergewöhnlicher Tragweite u. a. m. nachkommen will, so kann sie sich kaum mit den Aufgaben der Verkehrssicherung befassen, die jedenfalls in ihren Einzelheiten gegenüber den Fragen der betrieblichen Leistungserstellung und des Wohles der Unternehmung von untergeordneter Bedeutung sind. Diese Tatsache aber will auf der anderen Seite die Rechtsprechung zum betrieblichen Organisationsmangel nicht anerkennen, da sie sonst nicht zu einer Zurechnung von Schadensfällen über § 823 gelangen könnte. Nach ihr kann es aus konstruktiven Gründen einfach nicht angehen, daß die Unternehmensleitung nicht in irgendeiner Weise an der Wahrnehmung von Aufgaben der Verkehrssicherung beteiligt sein soll. Das eine Extrem, zu dem die Verknüpfung von ausführender Tätigkeit und Verantwortlichkeit geführt hat, der dezentralisierte Entlastungsbeweis, verstößt gegen den Grundsatz der Verantwortlichkeit für den eigenen Machtbereich. Das andere Extrem, die Lehre vom betrieblichen Organisationsmangel, widerspricht den Erkenntnissen praktischer Unternehmensführung. Wünschenswert wäre eine Gehilfenhaftung, die die jeweils positiven Elemente aus den beiden Konstruktionen herausfiltert und derart miteinander kombiniert, daß Ausführung und Kontrolle bei den unteren Instanzen verbleiben, andererseits aber dennoch die Haftung nicht auf ein Verschulden bei der Auswahl der oberen Angestellten beschränkt ist, sondern auch der Nachweis sorgfältiger Auswahl und Überwachung auf den unteren Stufen erbracht werden muß; eine Konstruktion also, die eine dezentralisierte Ausführung der Aufgaben mit einer "zentralistischen" Verantwortlichkeit für die Unrechtshandlungen der Hilfspersonen verbindet.

---

1) Die Einteilung der Führungsaufgaben ist in Anlehnung an Gutenberg Bd. II, S. 133 ff erfolgt.

Fraglich ist nur, auf welchem Wege eine derartige Haftung verwirklicht werden kann [1]. Man wird zunächst geneigt sein, nach einer Norm zu suchen, aufgrund derer das Verschulden der mittleren und unteren Instanzen, das für den Schaden wirklich ursächlich ist, als haftungsbegründend dem Betriebsinhaber zugerechnet werden kann. Da unser außervertragliches Gehilfenhaftpflichtrecht in § 831 als solches Verschulden nur Auswahl- und Überwachungsverschulden anerkennt, käme hierfür nur eine Zurechnung des Verschuldens derjenigen Person in Betracht, die den schadenstiftenden Gehilfen ausgewählt und seine Tätigkeit beaufsichtigt hat. Fallen diese beiden Funktionen nach der betrieblichen Aufgabenverteilung auseinander, so würde eben ein Verschulden jedes der beiden Vorgesetzten, sowohl das des Auswählenden, also des Personalchefs, wie das des überwachenden Gruppenführers, Meisters oder Abteilungsleiters haftungsbegründend wirken.

Eine Zurechnung des Auswahlverschuldens der höheren und mittleren Angestellten über § 278 hat die Rechtsprechung ständig abgelehnt [2] mit der Begründung, § 278 sei nur innerhalb bestehender Schuldverhältnisse anzuwenden. Als solche Zurechnungsnorm, die nicht auf bestehende Schuldverhältnisse beschränkt ist, bietet sich jedoch § 166 Abs. I BGB an, dessen enges Anwendungsgebiet eines rechtsgeschäftlichen Vertretungsverhältnisses durch die Judikatur stark erweitert worden ist, und der nunmehr auch bei anderen Fällen von Handeln in fremdem Interesse [3] herangezogen wird.

---

1) Larenz § 67/VI (S. 447) vertritt die Ansicht, der Gedanke an eine solche Zurechnung sei dem BGB fremd; sie würde zwar dem heutigen Rechtsempfinden entsprechen, nicht aber dem jetzt geltenden Gesetz.

2) RGZ 113, 293, 296; RG JW 23, 1026, 1027.

3) In unserem juristischen Sprachgebrauch ist der Begriff der Stellvertretung durch die Terminologie des BGB auf die Fälle rechtsgeschäftlicher Vertretung eingeschränkt. Dabei stellt die Vornahme von nicht rechtsgeschäftlichen, rein realen Handlungen im Interesse und mit Willen des Auftraggebers ebenfalls einen Unterfall des ursprünglichen, weiteren Begriffs der Stellvertretung dar; vgl. dazu Schloßmann, Stellvertretung Bd. II, S. 13 ff; Wolff, Bd. II, S. 167 und 176.

So hat der BGH in zwei jüngeren Entscheidungen eine Anwendung des Grundgedankens des § 166 auf das Verhältnis von Besitzherr und Besitzdiener bejaht: der unrechtmäßige Besitzer soll sich nicht darauf berufen dürfen, daß er wegen des Umfanges seiner Geschäfte nicht in der Lage sei, die Berechtigung des vorigen Besitzers selbst nachzuprüfen und daß er selbst daher von seiner mangelnden Berechtigung nichts gewußt habe, sofern der Besitzdiener, der für ihn gehandelt habe, von der mangelnden Berechtigung Kenntnis hatte [1]. In seiner Entscheidung vom 24.6.1964 hat der BGH [2] in entsprechender Anwendung des § 166 dem Bauherrn beim Überbau das Verschulden des bauleitenden Architekten zugerechnet. In Verfolgung derselben Tendenz will Coing [3] im Rahmen des § 254 Abs. II BGB dem Verletzten das Verschulden seines Vertreters nach § 166 Abs. I zurechnen, sofern dieser es unterlassen hat, den Schuldner auf die Gefahr eines ungewöhnlich hohen Schadens aufmerksam zu machen. Rechtsprechung und Lehre haben somit in begrüßenswerter Weise damit begonnen, diese Norm außerhalb des Bereichs der rechtsgeschäftlichen Willenserklärungen und der unmittelbaren Stellvertretung auch auf solche Fälle anzuwenden, in denen die Interessenlage eine ähnliche ist, nämlich wo der Geschäftsherr seine Aufgaben nicht selbst, sondern durch Angestellte und Bedienstete wahrnimmt, die ihn gleichsam repräsentieren, sein wirtschaftliches alter ego [4] darstellen.

---

1) BGHZ 16, 259, 264; 32, 53, 55 ff; 41, 17, 21; ebenso bereits RG SeuffA. 79, Nr. 186, wo der Besitzdiener als Stellvertreter angesehen wurde. - Zu diesem Fragenkreis vgl. Staud.-Berg § 990 Anm. 2; Baur, Sachenrecht § 5/II 1 c bb (S. 32); Wolff-Raiser, Sachenrecht (10. Aufl. 1957) § 13/II (S. 45); Raiser JZ 61, 26; Westermann § 14/3 (S. 72 f); ders., JuS 61, 81 ff; Schmelzeisen, ACP 136; 129, 156; Birk, JZ 63, 354; ein Teil des genannten Schrifttums befürwortet statt der analogen Anwendung des § 166 die des § 831.

2) BGHZ 42, 63, 69; vgl. dazu auch Staud.-Seuffert § 912 Anm. 15.

3) Staud.-Coing § 166 Anm. 8.

4) Birk, JZ 63, 354, 358.

Im Grunde handelt es sich um die Vermeidung einer Schlechterstellung des Dritten [1], die immer dann eintritt, wenn der eigentliche, meist finanzstarke Veranlasser einer schadenstiftenden Tätigkeit sich durch Hinweis auf sein eigenes schuldloses Verhalten von der Haftung für die in seinem Geschäftsbereich entstandenen Schäden befreien kann.

Schwierig ist jedoch die Frage zu beantworten, ob § 166 einer entsprechenden Anwendung innerhalb des § 831 fähig ist. Immerhin bedürfte es einer Anlaogie, die wesentlich problematischer ist, als die in den oben genannten Fällen. Denn § 166 Abs. I regelt mit dem Sachverhalt der direkten Stellvertretung ein von vornherein fest bestimmtes Dreiecksverhältnis, nämlich das zwischen Vertretenem, Vertreter und dem Dritten. Auch in den Fällen [2], in denen von Rechtsprechung und Literatur eine analoge Anwendung des § 166 Abs. I bejaht wird, nämlich bei der Besitzbegründung, bei den Rechtsbeziehungen im Falle des Überbaus und bei der Schadensminderungspflicht des § 254 Abs. II BGB ist das Verhältnis zwischen Hintermann, Handelndem und geschädigtem Dritten bereits vor Schadeneintritt in seiner Identität festgelegt. Die Pflichtverletzung des Handelnden zielt bereits gegen einen bestimmten Dritten; der Hintermann muß sich diese Tatsache dann aus Gründen des Schutzes im Rechtsverkehr zurechnen lassen.

---

1) Daß dieser Gedanke auch in § 278 enthalten ist, wird vorallem bei Larenz § 19/VIII (S. 263 ff) und § 67/VI (S. 447) hervorgeholen; ähnlich auch Bopp, Die Haftung für Hilfspersonen bei Erfüllung der allgemeinen Verkehrspflichten, Diss. Tübingen 1938, S. 33 f.

2) Auch bei der Frage, ob das Mündel sich die arglistige Täuschung des gesetzlichen Vertreters im Rahmen des § 463 BGB entgegenhalten lassen muß (vgl. hierzu RGZ 61, 207, 209; 132, 76, 78) handelt es sich um einen Tatbestand, bei dem die Person des getäuschten Dritten voll konkretisiert ist. Zu diesem Problem vgl. auch Larenz, Allgemeiner Teil, S. 551.

Bei den hier zu lösenden Fällen aber, in denen ein höherer Angestellter anstelle des Geschäftsherrn die Auswahl- und Überwachungspflichten wahrnimmt und dabei einen Fehler begeht, zielt die Pflichtverletzung noch auf keinen konkreten Dritten hin. Die mangelhafte Auswahl des Gehilfen bei seiner Einstellung und die ungenügende Beaufsichtigung während seiner Tätigkeit sind Schadensursachen, die bis zum Schadenserfolg oftmals längere Zeit latent bleiben, also keineswegs auf einen bestimmten Rechtsgenossen hin ausgerichtet sind. Die Personengruppierung ist demnach in den Fällen des § 831 zunächst nur im Verhältnis des Geschäftsherrn zu dem auswählenden und überwachenden höheren Angestellten vorgegeben; welcher außenstehende Dritte schließlich zu Schaden kommen wird, ist zunächst noch ungewiß. Dennoch wäre wohl eine analoge Anwendung des in § 166 Abs. I enthaltenen Rechtsgedankens vertretbar, wenn man auf die Grundgedanken und Wirkungen dieser Norm sowie den hierdurch geregelten Interessenkonflikt zurückgreift [1].

Zwar hatte der Gesetzgeber, wie aus den Materialien zu ersehen ist [2], den § 166 Abs. I lediglich entsprechend der damals vorherrschenden Repräsentationstheorie konzipiert, ohne darüber hinaus ein allgemeines Rechtsprinzip statuieren zu wollen. Nach der Repräsentationstheorie [3] kommt das Geschäft in der Person des Vertreters, nicht in der des Vertretenen zustande. Der Vertretene muß die Willenserklärung des Vertreters mit allen Mängeln gegen sich gelten lassen. Insofern handelt es sich um eine Selbstverständlichkeit, wenn § 166 Abs. I bestimmt, daß für die rechtlichen Folgen der Willenserklärung die Umstände von Einfluß sind,

---

1) Auf die Kontroverse, ob sich aus § 831 und § 166 ein gemeinsamer Rechtsgedanke "herausdestillieren" lasse (so Birk, JZ 63, 354 ff entgegen Raiser, JZ 61, 26 f), soll hier nicht näher eingegangen werden.

2) Vgl. Mot. I, S. 226 ff; Prot. I, S. 139 ff.

3) Vgl. dazu Enn.-Nipperdey § 182/II (S. 1058); Raiser, JZ 61, 26 f.

die in der Person des Vertreters vorhanden gewesen sind [1].

Heute jedoch ist der Gegensatz zwischen der Repräsentationstheorie und der Geschäftsherrntheorie [2] bedeutungslos geworden. Dafür wird, wie gerade die Ausdehnung des Anwendungsgebiets des § 166 Abs. I durch die Rechtsprechung es beweist, in dieser Bestimmung nunmehr die Verankerung eines weitergehenden Prinzips gesehen, nämlich der Gedanke, daß, wer sich im Rechtsverkehr fremder Hilfe bedient und die Wirkungen dieses fremden Handelns für sich in Anspruch nimmt, auch die damit verbundenen Nachteile in Kauf zu nehmen hat [3]. Oder allgemeiner soll der, der einen Vertreter für sich handeln läßt, sich nicht darauf berufen dürfen, er selbst habe nicht gefehlt und sei daher von jeder Verantwortung für die nachteiligen Folgen des Gehilfenhandelns frei. Vielmehr muß derjenige, welcher unter Einschaltung von Hilfspersonen Risiken für den Rechtsverkehr setzt, sich diese Risiken zurechnen lassen und darf sie nicht auf andere Teilnehmer am Rechtsverkehr abwälzen [4]; er darf sich nicht "der eigenen sauberen Hände rühmen, wenn andere sie sich für ihn schmutzig gemacht haben" [5].

Bei dieser Interpretation des § 166 Abs. I zeigt sich aber, daß die Interessenlage eine ganz ähnliche ist, wie in den Fällen des § 831. Denn auch bei der Gehilfenhaftung im Großbetrieb dreht es sich darum, daß der Geschäftsherr, der infolge der weiten Ausdehnung seines Tätigkeitsbereichs sich nicht um die Belange der Personalauswahl kümmern kann, sondern diese Funktionen durch höhere Angestellte wahrnehmen

---

1) Staud.-Coing § 166 Anm. 1.

2) Als Konzession an die Geschäftsherrntheorie ist § 166 Abs. II anzusehen.

3) Auch hier handelt es sich wohl wieder um eine Änderung der Bedeutung der Vorschrift aufgrund einer Änderung der objektiv-teleologischen Kriterien; vgl. Larenz, Methodenlehre, S. 266 ff.

4) Birk, JZ 63, 345 ff, 358.

5) Raiser, JZ 61, 26, 27.

läßt, nicht im Schadenfall sich mit dem Hinweis auf seine eigene Schuldlosigkeit soll von der Haftung befreien können. Vielmehr verlangt es das Interesse eines gleichmäßigen Verkehrsschutzes, daß der Geschäftsherr des mehrstufig organisierten Betriebes dann für das Verschulden der Personen einstehen soll, die statt seiner die spezifischen Geschäftsherrnpflichten wahrnehmen.
Berücksichtigt man also den Grundgedanken des § 166 Abs. I, wie er heute aus dieser Bestimmung entnommen wird, würde man die Möglichkeit einer entsprechenden Anwendung dieser Norm im Rahmen des § 831 bejahen können.

II

Indessen ist es zur Lösung der Haftungsprobleme im Großbetrieb gar nicht notwendig, eine andere Norm mit in § 831 hineinzunehmen, um ein Verschulden der höheren und mittleren Angestellten dem Geschäftsherrn zurechnen zu können. Vielmehr läßt sich dieselbe Verantwortlichkeit des Geschäftsherrn auch mit Hilfe des besonderen Deliktsaufbaus des §831, vor allem dessen Beweislastumkehr, allein herbeiführen, sofern man nur § 831 in einer Weise interpretiert, die das allgemeine Rechtsprinzip des § 166 Abs. I berücksichtigt. Gegen dieses Prinzip verstößt nämlich der Grundsatz der dezentralisierten Entlastung, da er es dem Geschäftsherrn des Großbetriebes unbilligerweise gestattet, sich unter Hinweis auf sein mangelndes eigenes Verschulden von der Verantwortlichkeit zu befreien.

Das Gesetz läßt keine Anhaltspunkte dafür erkennen, daß es eine Anzahl von Verrichtungsgehilfen geben soll, deren sorgfältige Auswahl und Überwachung der Geschäftsherr nicht darzulegen hätte [1]. Das ist aber nach der jetzt geltenden Rechtsprechung der Fall, da der Geschäftsherr sich nur für

---

1) Ebenso Planck § 831 Anm. 2 a.

die von ihm selbst ausgewählten und beaufsichtigten Gehilfen entlasten muß. Denn der Nachweis sorgfältiger Auswahl all derer, die in der Großunternehmung den breiten Fuß der betrieblichen Angestelltenpyramide ausmachen, ist bei einer dezentralisierten Entlastung nicht nötig. Allerdings glaubte das RG diese Art der Exkulpation gelten lassen zu müssen, da sie allein mit dem Verschuldensgrundsatz vereinbar sei.

Methodologisch stellt diese Rechtsprechung jedoch eine Restriktion des § 831 derart dar, daß der Geschäftsherr nur soweit einzustehen habe, als ein Verschulden bei der Auswahl von seiner Seite aus überhaupt denkbar sei. Daß diese Beschränkung vom Gesetzeswortlaut, jedenfalls nach heutiger Auslegung der übrigen Tatbestandsmerkmale des § 831 nicht getragen wird, läßt sich unschwer daran aufzeigen, daß die Begriffe der Bestellung und der Auswahl der Hilfspersonen nach der Größe des von ihnen erfaßten Kreises vor allem im mehrstufigen Betrieb nicht identisch zu sein brauchen.

Die Bestellung des Gehilfen ist ein einmaliger Akt, der in der Praxis in aller Regel durch ein Rechtsgeschäft erfolgt, zumeist in Form eines Dienst- oder Arbeitsvertrages. Die Auswahl hingegen ist kein einmaliger Akt, sondern muß nach der Rechtsprechung laufend vorgenommen werden, für jede Verrichtung, die dem Gehilfen aufgetragen wird; die einzelnen Auswahlvorgänge müssen sich zeitlich derart verdichten, daß die Auswahl zur Überwachung wird.

Vom Geschäftsherrn und für diesen bestellt sind auch solche Hilfspersonen, die durch Zwischeninstanzen im Rahmen deren Kompetenz herangezogen werden [1]. Der Geschäftsherr kann also durch Vertreter rechtsgeschäftlich Hilfskräfte bestellen, ohne sie je zu Gesicht zu bekommen. Dagegen ist das Auswählen ein realer Vorgang, den die jeweils handelnde Person nur mit Wirkung für sich selbst und nicht in Stellvertretung für einen Dritten ausführt. Die Vernachlässigung der hierbei erforderlichen Sorgfalt stellt zunächst nur in der Person

---

1) RGZ 55, 171, 176 f; Soergel-Siebert § 831 Anm. 7; RGRK § 831 Anm. 11.

des Auswählenden [1] nicht aber in der des Hintermannes eine vorwerfbare Handlung dar [2]. Nach dergestalt gewonnener Auslegung des Wortlauts in § 831 hat der Geschäftsherr alle die Personen, die für ihn tätig werden, bestellt [3], jedoch nur diejenigen ausgewählt, deren Eignung er selbst überprüft hat.

Weiter ordnet § 831 in seinem Abs. I S. 1 die Haftung für widerrechtliche Schadenszufügung aller bestellten Personen an und ermöglicht im S. 2 des Abs. I die Befreiung von der Haftung für die selbst ausgewählten Gehilfen durch den Entlastungsbeweis. Bei unbefangener Interpretation dieser Bestimmung käme man nun zu folgendem Ergebnis: der Geschäftsherr kann sich für das schädigende Verhalten eines oberen, von ihm selbst ausgewählten Angestellten durch den Beweis entlasten, daß er diesen sorgfältig ausgesucht habe. Für die Schadenszufügung eines niederen Angestellten, den er nicht selbst ausgewählt hat, kann er sich nicht entlasten, da er - persönlich jedenfalls - keine Sorfgaltsanwendung in der bezeichneten Richtung nachweisen kann; die Verschuldensvermutung gilt dann - zunächst - weiter. Diesen zweiten Fall hat jedoch das RG anders entschieden, indem es den S. 1 des Abs. I, der die Einstandspflicht beinhaltet, restriktiv auslegte und damit zum dezentralisierten Entlastungsbeweis kam. Eine Haftung soll nach der Rechtsprechung auch für die niederen Angestellten bereits dann nicht eintreten, wenn der Geschäftsherr den Nachweis der sorgfältigen Auswahl und Beaufsichtigung der Personen führt, deren Tauglichkeit er selbst nachgeprüft hat. Das heißt aber nichts anderes, als daß die Haftung für den zweiten Kreis der bestellten Personen, nämlich den der nicht vom Geschäftsherrn selbst

---

1) Dieser wird zumeist nach § 831 Abs. II haftbar sein.

2) So auch Planck § 831 Anm. 2 a.

3) Als zu einer Verrichtung bestellt gilt natürlich nur, wer in einem Abhängigkeitsverhältnis steht; vgl. hierzu oben S. 8.

ausgewählten Hilfskräfte, auf den Fall beschränkt wird, daß dem Unternehmer der Nachweis nicht gelingt, er habe die anderen, ihm unmittelbar unterstellten Personen sorgfältig ausgesucht. Also wird die Einstandspflicht für die große Zahl der niedrigen Angestellten statt von dem Nachweis deren sorgfältiger Auswahl und Beaufsichtigung von dem Nachweis der pflichtgemäßen Auswahl einer ganz anderen, kleineren Gruppe abhängig gemacht [1].

Als Begründung hat das RG die bekannte Argumentation gebraucht, § 831 bedeute ein Einstehenmüssen für eigenes Verschulden; wo ein solches nicht denkbar sei, müsse jedoch die Schuldvermutung versagen. In Wahrheit bedeutet diese Handhabung des Entlastungsbeweises jedoch nichts anderes, als daß es dem Geschäftsherrn ermöglicht wird, sich von seiner Verantwortlichkeit durch den Hinweis zu befreien, nicht er habe den untauglichen Gehilfen eingestellt, sondern einer seiner leitenden Angestellten; für deren Handlungen brauche er jedoch nicht einzustehen, da er diese sorgfältig ausgewählt habe. Zieht man aber den Grundgedanken des § 166 Abs. I mit heran, so zeigt sich, daß die von der Rechtsprechung vorgenommene Restriktion des § 831 unzulässig ist. Denn die Beschränkung der Haftung, die der dezentralisierte Entlastungsbeweis darstellt, verträgt sich nicht mit dem Grundsatz, daß derjenige, der andere für sich handeln läßt, sich nicht auf die eigene mangelnde Beteiligung soll berufen können.

Folgt man der Interpretation des § 831, wie der Wortlaut des Gesetzes und auch der in § 166 Abs. I enthaltene Rechtsgedanke sie fordert, dann zeigt sich, daß zwar der Geschäftsherr für die von ihm selbst ausgewählten Angestellten mit der Möglichkeit des Nachweises mangelnden eigenen Verschuldens haftet, daß er sich aber nicht von der Verantwortlichkeit für die unteren, nicht von ihm selbst ausgesuchten Angestellten mit dem Hinweis auf die sorgfältige Prüfung der

---

1) Auch bei Planck § 831 Anm. 2a findet sich die Auffassung vertreten, daß das RG den eigentlich zu führenden Entlastungsbeweis durch einen anderen ersetzt hat.

Eignung der ersteren, oberen Verrichtungsgehilfen entlasten kann.
Hat eine nicht von ihm persönlich ausgesuchte Hilfskraft den Schaden verursacht, so müßte die Schuldvermutung weiter gelten; der Geschäftsherr hat dann nicht die Möglichkeit, die Anwendung eigener ausreichender Sorgfalt nachzuweisen. Sein Verschulden liegt nunmehr darin, daß er einen Gehilfen eingestellt hat, ohne diesen selbst ausgewählt und beaufsichtigt zu haben, wozu er nach der in § 831 Rechtspflicht [1] angehalten gewesen wäre. Da sein Verstoß gegen diese eigene Pflicht [2] durch die Erteilung der Kompetenz für den leitenden Angestellten, an seiner Stelle die Auswahlpflichten wahrzunehmen, offensichtlich ist, kann er sich durch keinen irgend gearteten Nachweis davon befreien. Vielmehr hat er sich mit der Delegation dieser Pflichten der Möglichkeit, die Vermutung seines eigenen Verschuldens zu widerlegen, bereits begeben.
Nun würde demnach der Geschäftsherr für die Hilfskräfte, die er nicht selbst ausgewählt hat, schärfer haften als für seine von ihm selbst eingestellten direkten Untergebenen. Hier kommt ihm jedoch der zweite in § 831 eröffnete Entlastungsbeweis zustatten. Der Haftung kann er sich immer noch durch den Nachweis entziehen, daß seine mangelnde Sorgfaltsanwendung für den Schadenfall nicht ursächlich geworden ist. Hierzu ist der Beweis zuzulassen, daß der leitende Angestellte, der den schadenstiftenden Gehilfen ausgewählt und überwacht hat, seinerseits die nötige Sorgfalt angewendet hat [3]. Denn wenn der Schaden trotz dieser Sorgfaltsanwendung eingetreten ist, kann bei Zugrundelegung typisierter, objektiver Fahrlässigkeitsmaßstäbe in

---

1) Zur Frage dieser Rechtspflicht vgl. S. 10 Fußn. 5).

2) Helm, ACP 166, 389 ff, 397 spricht insoweit von einer Pflicht, die funktionell die des Geschäftsherrn ist.

3) Nach BGHZ 4, 1, 4 ist dieser Nachweis geeignet, die Ursächlichkeitsvermutung in § 831 zu erschüttern.

der Regel die Vermutung nicht mehr aufrechterhalten werden, daß der Geschäftsherr seinerseits bei Anwendung der verkehrserforderlichen Sorgfalt die mangelnde Eignung des Gehilfen hätte erkennen müssen und daher der Schadenfall vermieden worden wäre. Sollte trotzdem noch der Verdacht bestehen bleiben, daß der Schaden durch einen mangelhaften organisatorischen Aufbau des Unternehmens verursacht sein kann [1], ist der Nachweis einer entsprechenden Organisation zu führen.

Diese Lösung des Entlastungsproblems in § 831 hat den Vorteil, daß sie es ermöglicht, das Verhalten derjenigen Instanzen zu überprüfen, die den schadenstiftenden Gehilfen ausgewählt und überwacht haben, deren Verhalten also auch für den Schaden ursächlich geworden sein kann. Damit wird auch eine ganze Anzahl der Hilfskonstruktionen hinfällig werden, ohne die bisher eine Haftung des Geschäftsherrn im Großbetrieb nicht zu erreichen gewesen wäre. Denn auf diesem Wege läßt sich das Zurechnungsproblem im mehrstufigen Verwaltungsaufbau lösen, was sicher das schwierigste und größte Problem in unserem außervertraglichen Gehilfenhaftungsrecht darstellt und das die betriebliche Organisationspflicht nur in dogmatisch unbefriedigender Weise lösen konnte. Denn die von der Rechtsprechung an die betriebliche Organisation Anforderungen widersprechen den wirtschaftlichen Tatbeständen. Wo aber das Recht diese nicht berücksichtigt, sondern ihnen zuwiderläuft, hat die von ihm ausgeübte Macht nicht regulierende, sondern hemmende Wirkung.

---

1) Derartige Fälle sind durchaus denkbar; es kann sein, daß die Kumulierung von einzelnen Fehlreaktionen im Instanzenzug, die jeweils für sich betrachtet noch nicht fahrlässig sind, insgesamt eine Fehlhandlung ergeben, die, hätte eine Einzelperson sie vorgenommen, durchaus als fahrlässig bezeichnet werden müßte. Auch in einem solchen Fall wäre eine Verantwortlichkeit des Geschäftsherrn geboten. Ein Beispiel hierfür ist die Entscheidung des OLG Braunschweig in VersR 66, 961.

Die Anforderungen an die betriebliche Organisation müßten nur auf ein vernünftiges Maß reduziert werden, denn der Kerngedanke, daß eine betriebliche Aufsichtsführung und Kontrolle vonnöten sei, ist keineswegs zu beanstanden. Weiterhin sollte die Rechtsprechung diese Organisationspflicht möglichst im Rahmen des § 831 weiterentwickeln. Denn die Fragen der Organisation eines Betriebes interessieren die Rechtsordnung nicht allgemein - die Verletzung organisatorischer Prinzipien stellt für sich allein genommen noch keine unerlaubte Handlung dar [1] -, sondern das eigentliche Problem ist das der Gehilfenhaftung; die vom Gesetzgeber zur Regelung dieser Fragen geschaffene Norm ist jedoch § 831 und nicht § 823.
Daß bei dieser Lösung der Geschäftsherr eines mehrstufigen Betriebes schärfer haftet als der eines kleinen, da er den Nachweis fremder Sorgfältigkeit zu führen hat, ist der Sachlage nur angemessen. Es entspricht einer Forderung der Gerechtigkeit, daß mit der Vergrößerung des Geschäftskreises auch eine entsprechende Ausdehnung des Haftungsbereiches verbunden sein muß [2]. Und wer die eigenen Pflichten durch Hilfskräfte wahrnehmen läßt, hat eben das Risiko deren Versagens auf sich zu nehmen. Jedenfalls ist der von dem Angestellten eines Großbetriebes Verletzte dann nicht mehr schlechter gestellt, wenn der dezentralisierte Entlastungsbeweis nicht mehr zugelassen wird.

Als Ergebnis kann festgestellt werden, daß nach der geltenden Fassung des § 831 keine Notwendigkeit besteht, im mehrstufig organisierten Unternehmen eine dezentralisierte Entlastung zuzulassen, daß vielmehr bei sachgerechter Gesetzesinterpretation der Geschäftsherr den Nachweis zu führen hat, daß die Angestellten, die den schadenstiftenden Angestellten auswählen und überwachen sollten, dabei die notwendige Sorgfalt angewendet haben. Außerdem konnte inzwischen die

---

1) Diederichsen, S. 57.
2) Larenz, Allgemeiner Teil des BGB, § 6/III (S. 77).

Beschränkung der Vermutung in § 831 auf das Auswahlverschulden durch die Rechtsprechung überwunden werden. Damit wären jedoch die beiden Mängel behoben, die die Brauchbarkeit dieser Bestimmung am meisten beeinträchtigen. In den Anwendungsmöglichkeiten würde § 831 somit dem Art. 55 des schweizer Obligationenrechts entsprechen, der sich bei den strengen Anforderungen, die an den dortigen Befreiungsbeweis gestellt werden, als insgesamt brauchbare Regelung erwiesen hat [1].

Berücksichtigt man diese Umstände, so scheint eine Reform des Gehilfenhaftungsrechts nicht mehr dringlich; sie sollte deshalb am besten bis zu jenem Zeitpunkt hinausgeschoben werden, an dem sie im Zuge einer einheitlichen Neuordnung des gesamten Schadensrechts erfolgen könnte [2]. Eine Neufassung des § 831 sollte, nachdem geeignete Abgrenzungskriterien erarbeitet worden sind, für die Fälle, in denen ein besonderes Betriebsrisiko gegeben ist oder in denen eine besonders gefährliche Tätigkeit Ursache des Schadens ist, eine objektive Verantwortlichkeit des Geschäftsherrn statuieren. Denn in solchen Fällen ist eine nur auf eigenem vermutetem Verschulden aufbauende Haftung des Geschäftsherrn der heutigen Rechtsanschauung von der sozialen Verantwortlichkeit des Betriebsinhabers für das Tun seiner Leute nicht mehr gemäß.

---

1) Vgl. Gautschi, Karlsruher Forum 1962, S. 27, 28.
2) Ebenso Helm, ACP 166, 389 ff, 408.

Lebenslauf

Am 10. Oktober 1941 wurde ich in München als Sohn des Tonmeisters Dipl. Ing. Ludwig Heiss und seiner Ehefrau Dr. Bertha geb. Netsch geboren. Im Herbst 1947 begann ich in München mit dem Besuch der Volksschule. Während des zweiten Volksschuljahres, im März 1949, verzog ich mit meinen Eltern nach Baden-Baden, wo mein Vater eine Anstellung als Tonmeister beim Südwestfunk gefunden hatte.

In Baden-Baden besuchte ich weiter die Volksschule bis zum Ende der vierten Klasse. Am 13. September 1951 wechselte ich in das dortige Markgraf-Ludwig-Gymnasium über, welches ich nach Ablegung der Reifeprüfung am 25. Februar 1960 wieder verließ.

Im Sommersemester 1960 begann ich mein Studium der Rechtswissenschaft an der Universität Innsbruck, wo ich die ersten drei Semester verblieb. Vom Wintersemester 1961/62 an war ich ordentlicher Studierender der Rechtswissenschaft an der Ludwig-Maximilians-Universität in München. Am 4. August 1965 legte ich die erste juristische Staatsprüfung mit dem Prädikat "gut" ab.

Seit dem 13. September 1965 bin ich bayerischer Rechtsreferendar. Das Assessor-Examen werde ich im Frühjahr 1969 ablegen.